

Hors-série spécial 50 ans du BETA



**DOCUMENTS
DE TRAVAIL**

« L'analyse économique de la résolution des conflits »

Auteur

Bruno Deffains

Document de Travail – Hors-série n°2022-04

Février 2022

Notice introductive : **Myriam Doriat-Duban**

BETA
Bureau d'économie
théorique et appliquée

Site : <https://beta-economics.fr>

 [@beta_economics](#)

Contact :
jaoulgrammare@beta-cnrs.unistra.fr



L'analyse économique de la résolution des conflits

Bruno Deffains – RFE – 1997

En hommage à notre ami et compagnon de route Frédéric Stasiak, Professeur de droit privé, pénaliste français reconnu, spécialiste de droit pénal des affaires, premier soutien engagé dans l'aventure audacieuse du développement de l'économie du droit en France et à Nancy en particulier, décédé le 27 janvier 2022

Une revue de littérature est toujours un point de départ. Étape obligée de tout commencement d'une démarche de recherche un peu sérieuse, preuve de reconnaissance et d'humilité envers ceux qui nous ont précédé, espoir de participer à l'évolution de la science à partir de fondations solides, l'article « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », ne déroge pas à la règle. Rien de bien original donc sauf si on oublie que cet article est avant tout l'expression d'une audace : autoriser les économistes à s'aventurer sur le terrain du droit, longtemps considéré comme un facteur exogène, domaine réservé des juristes, tout particulièrement en France. Désormais, les économistes français, en retard sur leurs homologues américains ou européens où cette scission entre les disciplines était moins marquée, pouvaient revendiquer d'avoir voix au chapitre. Deux prix Nobel d'économie récents à l'époque et accordés successivement à deux des pères fondateurs de l'économie du droit, R. Coase en 1991 et G. Becker l'année suivante, contribuent en outre à donner de la crédibilité à cette nouvelle thématique de recherche qu'un jeune maître de conférences nancéien déterminé proposait courageusement de porter, dans un environnement qui n'était ni hostile, ni favorable mais probablement un peu dubitatif.

L'article, publié en 1997 à la revue française d'économie, constitue donc le point de départ d'une grande aventure dont tous ceux, passés par Nancy à l'aube des années 2000 ou juste après se souviennent probablement avec un peu de nostalgie. Sa thématique est en effet celle de la première thèse que Bruno Deffains a fait soutenir, juste au passage de l'an 2000 et qui deux ans plus tard, sera récompensée par le jury d'agrégation confirmant ainsi la reconnaissance de l'économie du droit comme une des spécialités en devenir de la science économique en France. Cette thématique est aussi celle du premier contrat de recherche subventionné par le Groupement d'Intérêt Public « Mission de Recherche Droit et Justice », premier d'une longue série. C'est aussi sur elle qu'ont été obtenus plusieurs post-doctorats dont les bénéficiaires sont encore membre du BETA aujourd'hui. Enfin, elle est incontestablement à l'origine de la fusion entre les économistes nancéiens et le BETA. C'est donc par elle que tout a commencé.

L'article a pour objet principal de décrire les principaux modèles d'économie du droit relatifs à la résolution des conflits. La littérature mobilisée est américaine et donc construite sur la référence du système de Common Law. Elle est aussi exclusivement théorique, l'objectif étant principalement méthodologique : il s'agit beaucoup moins de défendre une forme d'impérialisme économique à la Becker que de montrer que les outils des économistes peuvent être mobilisés pour mieux comprendre les causes de l'échec des négociations et donc de l'échange et du marché. Cela a parfois suscité l'incompréhension voire l'hostilité de certains juristes français qui ne parvenaient pas à accepter la possible transposition d'analyses pourtant adaptables au système français, à condition que le dialogue s'instaure.

Après une petite incursion dans les modèles « optimistes » (ce qui permet au passage de citer un autre père fondateur de l'économie du droit, R. Posner) et leur vision un peu naïve du conflit, le cœur de l'article est consacré à la présentation des modèles dits stratégiques qui permettent d'inclure les asymétries d'informations des parties et la façon dont elles sont à l'origine de comportements stratégiques pouvant conduire à l'échec des négociations. Sont présentés successivement les modèles fondateurs de Cooter, Marks et Mnookin (1982), puis de Bebchuk (1984), de P'ng (1983) et enfin de Reinganum et Wilde (1986). Le premier intègre pour la première fois la nature stratégique des conflits. Le second est construit comme un modèle de filtrage où la partie non informée fait une proposition d'arrangement dans un modèle à offre « à prendre ou à laisser » et où l'équilibre semi-séparateur permet d'aboutir à un résultat fréquent en économie selon lequel les défenseurs qui ont le moins de chances d'être condamnés au procès sont pourtant ceux qui vont choisir d'aller devant le juge. Il est prolongé par des travaux du même auteur sur la crédibilité de la menace de procès du demandeur, sans laquelle toute tentative de négociation serait vouée à l'échec. Le troisième modèle est un modèle de signal où cette fois, la partie informée fait l'offre et où les parties révisent leurs croyances conformément à la règle de Bayes ; considérée comme exogène chez P'ng (1983), l'offre d'arrangement est endogénéisée chez Reinganum et Wilde (1986) où la multiplicité des équilibres oblige à des raffinements pour en limiter le nombre en utilisant le critère de Banks et Sobel. Une fois les modèles fondateurs présentés, des prolongements sont apportés avec l'article de Schweizer (1989) dans lequel à la fois le demandeur et le défendeur détiennent des informations privilégiées ou encore celui de Daughety et Reinganum (1994) qui s'interrogent sur l'importance, sur l'issue du conflit, de celui qui prend l'initiative de proposer un arrangement. L'analyse jusqu'alors statique devient ensuite dynamique avec la présentation du modèle de Spier (1992) et sa célèbre courbe en U, indiquant que les conflits se résolvent à l'amiable soit juste après que des poursuites ont été intentées, soit sur les marches du palais.

La présentation des articles incontournables de la thématique s'ouvre ensuite sur une discussion relative à la portée des modèles stratégiques. Trois prolongements sont successivement abordés. Le premier est fondé sur la nature des asymétries d'information qui, au lieu de porter sur le niveau de précaution pris ou de préjudice subi, concernent l'aversion pour le risque de l'adversaire dont le rôle peut évidemment être déterminant sur le mode de résolution du litige. Le second porte sur la prise en compte des relations entre l'avocat et son client, relation qui pose à la fois des problèmes d'anti-sélection et de risque moral. Le présent article évoque les prémices de cette littérature devenue pléthorique, où peuvent s'épanouir les adeptes des modèles « principal-agent ». L'idée principale consiste en effet à étudier l'influence du mode de rémunération des avocats sur la résolution amiable des litiges, prétexte à la détermination du contrat d'honoraires optimal. Enfin, l'auteur aborde un troisième prolongement en revenant sur la question des précautions prises pour éviter l'accident et par conséquent le conflit, renouant ainsi avec ses recherches de débutant consacrées à l'analyse économique de la responsabilité.

A la lecture de cet article, l'analyse économique de la résolution des conflits apparaît finalement comme un formidable terrain de jeu pour les micro-économistes, passionnés par l'étude des comportements en situation d'asymétrie d'information. Ils peuvent en effet mobiliser leurs outils théoriques préférés, de théorie des jeux non-coopératifs ou de théorie

des contrats, mais aussi, plus récemment, tester les conclusions de ces modèles en mobilisant le cadre d'analyse de l'économie comportementale et de l'économie expérimentale (qui au passage redonne de l'intérêt aux modèles optimistes par la mise en évidence de biais d'optimisme et d'égoïsme). Cet article est donc bien plus qu'une simple revue de littérature. Il représente tout à la fois le début d'une démarche scientifique nouvelle pour les économistes français, l'amorce d'un dialogue parfois difficile mais toujours nécessaire avec les juristes, le commencement de collaborations fructueuses en Lorraine, en France et à l'international. Lire cet article c'est commencer à dérouler tout doucement une petite pelote de laine d'alpaga, dont le fil d'une grande finesse et naturellement coloré, offre par sa longueur infinie et sa résistance, de multiples perspectives passionnantes à qui veut bien en faire usage.

Myriam Doriat-Duban

L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques

Bruno Deffains

Citer ce document / Cite this document :

Deffains Bruno. L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques. In: Revue française d'économie, volume 12, n°3, 1997. pp. 57-99;

doi : <https://doi.org/10.3406/rfeco.1997.1027>

https://www.persee.fr/doc/rfeco_0769-0479_1997_num_12_3_1027

Fichier pdf généré le 21/04/2018

Abstract

The major part of legal conflicts is not solved by trials but by settlements between parties. The purpose is to identify factors which can influence the probability of a settlement and the amount of the transaction. Immediately after a claim has been made by the victim of a damage against the author, parties can negotiate and surrender the trial. The main problem arises because this kind of situation is characterised by asymmetry of information which influences the parties' decisions or their lawyers' ones. This problem was neglected for a long while by the economic analysis of courts which explains the conflict's resolution from the parties' optimism. Now, the study of legal conflicts focuses on the asymmetry of information and how they change the rules of bargaining in screening and signaling models. The paper synthesizes different strategic behaviors and their outcomes in terms of economic efficiency when parties have to take their decisions to negotiate or to wait for the judgement. Under some hypothesis on the nature of bargaining, it is possible to endogenize the probability, the amount and, in a dynamic context, the time of settlement.

Résumé

Une partie importante des conflits juridiques n'est pas résolue par les tribunaux, mais par des accords directs entre les parties. La question se pose alors de savoir quels sont les facteurs susceptibles d'influencer la probabilité de parvenir à un accord et le montant de la transaction. Dès lors qu'une plainte a été déposée par la victime d'un dommage à l'encontre du (ou des) présumé(s) responsable(s), les parties peuvent à tout moment décider de demander la radiation de l'affaire des rôles du tribunal. Le problème principal réside dans le fait que les situations de ce type sont caractérisées par de fortes asymétries d'information qui vont influencer les décisions des parties ou de leurs représentants (avocats). Longtemps ce problème a été négligé par l'analyse économique du fonctionnement de la justice qui expliquait la résolution des conflits par voie judiciaire en se fondant sur « l'optimisme » des justiciables. Désormais, l'étude des conflits juridiques se focalise sur les problèmes d'information et la façon dont ils affectent les règles gouvernant les négociations dans le cadre de jeux de filtrage ou de signal. Il ressort notamment que les individus ayant le moins de chances d'être jugés responsables sont paradoxalement ceux qui subissent les coûts les plus élevés afin de pouvoir être distingués des autres. L'article étudie les différents comportements stratégiques pouvant être adoptés et les conséquences de ces comportements en termes d'efficacité économique lorsque les justiciables doivent déterminer leurs décisions pour trouver un accord ou attendre le jugement. En introduisant certaines hypothèses sur le déroulement de la négociation entre deux parties adverses, il est possible d'endogénéiser la probabilité et le montant de l'accord voire, dans un cadre dynamique, le moment où il intervient.

Bruno DEFFAINS

L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques

D

'une manière générale, le droit est concerné non seulement par l'impact des règles juridiques sur les choix des agents, mais aussi par la façon dont les individus soumis à ces règles interagissent. Les modèles

économiques touchant à l'organisation du système judiciaire visent ainsi à décrire et à expliquer le déroulement et l'issue des procès. La première analyse de ce type remonte à 1972 avec la publication de l'article de Landes intitulé « An Economic Analysis of the Courts ». Pourtant, les travaux sur le sujet sont assez récents et insistent sur les comportements stratégiques des justiciables (Cooter et Rubinfeld [1989], Kennan et Wilson [1993], Baird, Gertner et Picker [1994]).

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

Le point de départ de l'analyse réside dans un paradoxe apparent : la résolution de certains contentieux civils par les tribunaux semble violer le principe selon lequel, lorsque les coûts de transaction sont négligeables, les parties sont incitées à négocier chaque fois que des transactions mutuellement bénéfiques sont réalisables. En pratique, tant dans les pays de Common Law que dans les pays de tradition civiliste, une partie du contentieux civil n'est pas résolue par les juges, mais par des accords entre les parties à l'issue de négociations directes. Ce constat tendrait à valider la prédiction de Coase [1960] selon laquelle le recours au droit serait la preuve d'un échec des mécanismes de marché :

si un litige est tranché par un tribunal, c'est que les parties n'ont pu se mettre d'accord *ex ante* sur l'affectation des pertes. Il reste naturellement à identifier les raisons d'un tel échec, c'est-à-dire à expliquer pourquoi certains conflits finissent par un jugement. D'un point de vue normatif, une telle approche suppose implicitement que le rôle du tribunal consiste à identifier une allocation optimale *ex post*, après l'apparition du litige. C'est notamment la position de Posner [1992] lorsqu'il estime que le rôle du tribunal est de mimer la transaction à coûts nuls. Mais avant que la décision du juge n'intervienne, plusieurs étapes doivent être franchies impliquant chacune une prise de décision de la part des justiciables. Ces étapes ont été négligées pendant longtemps par les économistes intéressés par le fonctionnement des systèmes juridiques.

Les premiers modèles de conflits juridiques développés dans les années soixante-dix (Landes [1972], Gould [1973]) n'avaient pas réellement pour ambition de décrire le déroulement des négociations susceptibles d'intervenir avant la décision du juge et n'intégraient pas les problèmes d'asymétries d'information entre les parties. Dans ces modèles, l'objectif des auteurs est plutôt d'identifier les incitations des parties en tant qu'agents rationnels pour résoudre un litige et expliquer sur cette base pourquoi les négociations échouent parfois et nécessitent l'intervention du juge. La réponse à cette question passe par la reconnaissance d'un optimisme excessif des parties quant à leurs chances de gagner le procès, c'est-à-dire par une perception erronée du surplus né de la négociation. Même si ces modèles proposent une explication assez convaincante de la résolution des litiges en dehors des tribunaux, ils restent très vagues sur la manière dont les agents forment leurs croyances à propos du résultat attendu du procès et sur l'origine de l'excès d'optimisme. La nature stratégique de la négociation n'a été intégrée que récemment dans l'analyse, à travers l'élaboration de jeux en information imparfaite. Pour expliquer la résolution des conflits par la voie judiciaire, il n'est alors plus nécessaire de supposer un biais systématique dans les croyances des parties. L'existence d'asymétries d'information est en effet à l'origine d'une divergence des

croyances des joueurs à propos de l'issue du procès et les jugements peuvent résulter des stratégies de négociation optimale des deux parties.

La problématique de ces travaux se résume à une triple interrogation :

– Lorsqu'une plainte est déposée, quelles sont les chances de parvenir à un accord transactionnel avant la décision du tribunal ?

– Si l'accord est trouvé (et en supposant que le montant n'est pas donné de façon exogène) quel sera le montant de la transaction ?

– Dans l'éventualité où la négociation se déroule sur plusieurs périodes, à quel moment l'accord interviendra-t-il entre le dépôt de la plainte en T et la décision du juge en $T + n$ (date supposée connue à l'avance par les deux parties) ?

Pour répondre, nous raisonnerons d'abord dans le cadre de modèles à une période où un plaignant intente une action contre un défendeur suite à un accident. Dans ce cadre d'analyse, une partie a la possibilité de faire une proposition « à prendre ou à laisser » que la partie adverse est libre d'accepter ou de rejeter. L'hypothèse cruciale porte alors sur le choix de la partie qui fait la proposition. Nous présenterons ensuite les fondements de l'analyse dans un cadre dynamique permettant de déterminer non seulement la probabilité d'un accord, mais aussi la date à laquelle il est susceptible de survenir.

L'issue du litige : négociation versus jugement

L'un des thèmes récurrents de l'analyse du contentieux juridique concerne l'arbitrage auquel les parties sont confrontées entre l'issue négociée et la solution coercitive (i.e. le jugement). En transposant le principe de l'échange marchand, la réalisation d'un

accord en cas de litige consiste pour le plaignant à abandonner sa plainte moyennant un paiement du défendeur. En d'autres termes, le défendeur achète au plaignant son droit de poursuite. L'intérêt d'une telle solution est en principe de dégager un surplus correspondant à la somme des coûts que les parties auraient eu à supporter en cas de procès. Ces coûts englobent l'ensemble des frais afférents aux instances, actes et procédure judiciaires. Ils comprennent notamment les droits, taxes ou redevances perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration fiscale, les indemnités des témoins, la rémunération des experts et les honoraires des avocats. Compte tenu de ce surplus, les parties sont incitées à éviter le jugement, mais certaines difficultés peuvent survenir soit par excès d'optimisme de l'une au moins des parties sur l'issue du jugement, soit par désaccord sur la façon de répartir ce surplus et/ou à la détention d'informations privées par l'une des parties.

Les modèles « optimistes »

Dans le cas d'un litige, le fait de parvenir à une solution négociée avant l'intervention du juge signifie que les parties sont parvenues à s'entendre sur un « prix » garantissant à chacune une amélioration de bien-être individuel. Elles sont en quelque sorte dans une situation de monopole bilatéral et le fait que ce type de prix existe potentiellement ne signifie pas que l'accord sera nécessairement signé. En effet, les premiers modèles de conflits juridiques (Landes [1972], Gould [1973] ou Shavell [1982]) mettent l'accent sur le problème de la perception du surplus lié à la signature d'un accord par rapport au jugement. Dans cette perspective, la prétention des parties (i.e. la part du surplus qu'elles souhaitent obtenir) dépend de leur anticipation de la décision du juge. Or, il n'y a aucune raison de considérer a priori que leurs anticipations coïncident¹.

Soient :

D_p , la valeur monétaire des dommages-intérêts que s'attend à recevoir le plaignant en cas de jugement en sa faveur,

D_d , la valeur monétaire des dommages-intérêts que s'attend à payer le défendeur en cas de jugement à ses dépens,

P_p , la probabilité subjective du plaignant de gagner le procès,

P_d , la probabilité subjective du défendeur de perdre le procès,

T_p , les frais de justice supportés par le plaignant en cas de jugement,

T_d , les frais de justice supportés par le défendeur en cas de jugement,

N_p , les coûts de transaction du plaignant lors de la négociation,

N_d , les coûts de transaction du défendeur lors de la négociation.

On suppose que la négociation est moins coûteuse que le recours au tribunal :

$$(T_p + T_d) - (N_p + N_d) > 0$$

Dans ces conditions, si les parties sont neutres vis-à-vis du risque, le paiement espéré par chacune correspond à la valeur monétaire des dommages-intérêts qu'elle attend, multipliée par la probabilité subjective de cette partie de voir le jugement rendu en faveur du plaignant².

On obtient ainsi un gain attendu pour le plaignant ($G_p = p_p \cdot D_p$) et une perte attendue pour le défendeur ($G_d = p_d \cdot D_d$). Dans l'hypothèse où les anticipations des parties coïncident ($p_p = p_d$ et $D_p = D_d$), le gain attendu par le plaignant égalise la perte attendue par le défendeur ($G_p = G_d$).

En revanche, si $p_p < p_d$ et $D_p < D_d$, le montant que le plaignant anticipe de recevoir est inférieur à la somme que le défendeur s'attend à perdre. Cette situation traduit un comportement pessimiste des deux parties.

Enfin, si $p_p > p_d$ et $D_p > D_d$, les deux parties sont réputées adopter un comportement optimiste puisque le plaignant espère gagner une somme supérieure à la perte du défendeur.

La solution du conflit entre les parties à travers un accord ou un jugement se fonde en principe sur le surplus qu'elles perçoivent en cas de coopération. Il convient donc d'intégrer dans le modèle les coûts supportés, en supposant qu'en cas de jugement chacune supporte ses propres frais d'instance. La valeur globale d'une issue coopérative correspond alors au transfert net (nul par hypothèse) moins les coûts de transaction qu'elles doivent supporter ($N_p + N_d$). La valeur du jugement correspond au transfert net perçu ($G_p - G_d$) moins les frais de justice encourus ($T_p + T_d$).

Le surplus retiré de la coopération est obtenu simplement par la différence entre les deux valeurs ainsi déterminées :

$$S = - [(G_p - G_d) - (T_p + T_d)] - (N_p + N_d) \quad (1)$$

ce qui peut aussi s'écrire :

$$S = [(T_p + T_d) - (N_p + N_d)] + (G_d - G_p) \quad (2)$$

Si le surplus anticipé par les parties est négatif, elles préféreront toujours l'intervention du juge à la réalisation d'un accord. En revanche, l'accord devrait spontanément survenir dès lors que le surplus perçu est de signe positif. En particulier, si les anticipations des parties coïncident, ($G_d - G_p$) est nul et l'issue du litige est transactionnelle puisque les frais de justice sont supposés excéder les coûts de la négociation. Par extension, si les parties sont plutôt pessimistes ($G_d - G_p$) est positif renforçant l'intérêt d'une solution négociée entre les parties. En revanche, si les parties sont optimistes ($G_d - G_p$) est négatif et les parties peuvent préférer l'intervention du juge pour trancher le litige.

Dans les modèles non stratégiques, l'issue du litige dépend donc essentiellement du degré d'optimisme ou de pessimisme des parties. L'intervention du tribunal apparaît nécessaire seulement si les deux parties ont un comportement « optimiste ». Sur cette base, les auteurs se sont également efforcés de prévoir l'effet d'une modification de certains paramètres, comme le degré d'aversion des parties pour le risque ou les montants des dommages-intérêts (i.e. de la sévérité du tribunal), des frais d'instance (honoraires d'avocats,...) ou des coûts de transaction. On montre par exemple qu'une élévation des dommages-intérêts accordés à

la victime augmente la probabilité d'une issue judiciaire en renforçant l'optimisme des parties (Cooter et Rubinfeld [1989]).

La prise en compte des comportements stratégiques dans la négociation

L'argumentation développée dans les modèles optimistes soulève un problème en raison de l'ignorance implicite de la nature éminemment stratégique de la situation dans laquelle se trouvent les parties dans la période précédant le jugement.

Ce problème a notamment été soulevé par Cooter [1982] à l'adresse du théorème de Coase. Selon Cooter, la principale caractéristique du marchandage pré-jugement est de n'être pas équivalent à un jeu à somme nulle, c'est-à-dire à un jeu de pure redistribution où rien n'est créé ni détruit. Au contraire, la négociation implique l'existence, dans l'esprit d'au moins une des parties, d'un surplus qui constitue l'enjeu. Si l'issue est coopérative, les parties s'entendent sur la répartition du surplus. Mais, conformément au problème posé dans le cadre du dilemme du prisonnier, rien ne garantit a priori l'obtention de ce résultat. En fait, Cooter reproche à Coase d'envisager avec trop d'optimisme les transactions privées qui, même en supposant des comportements rationnels et l'absence de coûts de transaction, ne conduisent pas nécessairement à l'efficacité : « The error in the bargaining version of the Coase Theorem is to suppose that the obstacle to cooperation is the cost of communicating rather than the strategic nature of the situation »³. L'optimisme excessif des parties à un litige ne serait donc pas la cause principale de l'intervention du juge. Il s'agirait d'abord d'un problème de répartition du surplus dans le cadre de la négociation.

Dans un article intitulé « Bargaining in the Shadow of the Law », Cooter, Marks et Mnookin [1982] appliquent cette idée et proposent un modèle de jeu non coopératif pour appréhender la négociation antérieure au jugement (pretrial negotiation). Ils analysent le processus de négociation comme un jeu de partage dynamique à coups simultanés. Chaque partie, désireuse

de maximiser son utilité espérée, fait une proposition pour obtenir une part du gâteau. Comme dans les modèles « optimistes », le gâteau est la somme des gains obtenus par les parties en évitant de recourir à la solution judiciaire. Mais, la négociation se déroule désormais dans un contexte d'incertitude quant à la façon dont les joueurs réagissent aux propositions de transaction de la partie adverse. Les auteurs admettent en effet qu'aucun des joueurs ne connaît la stratégie de l'autre au moment où il formule sa proposition ; il connaît uniquement la distribution des stratégies de la partie adverse, chacune se voyant attribuer une probabilité de réalisation non conditionnelle au contexte (i.e. sans distinguer son moment au sein du processus de négociation). L'équilibre Bayésien de ce jeu est atteint lorsque aucune partie n'a intérêt à modifier unilatéralement sa stratégie, et lorsque les croyances de chaque partie sur la façon dont l'autre se comporte dans la négociation sont compatibles.

L'idée développée dans un tel cadre d'analyse est la suivante : si dans la négociation une partie révisé à la hausse ses prétentions, cela signifie qu'elle augmente non seulement la part du gâteau qu'elle espère obtenir, mais aussi la probabilité de faire appel au juge puisque les chances que le total des sommes demandées par les deux parties soit inférieur au surplus de la négociation sont plus faibles. Inversement, en adoptant une stratégie « plus accommodante », une partie augmente la probabilité de parvenir à un accord, mais réduit le montant qu'elle obtiendra si l'accord est effectivement signé. En principe, les propositions séquentielles des parties convergent progressivement, mais comme le processus est limité dans le temps (date du procès), un jugement peut survenir lorsque les propositions n'ont pas convergé assez vite. Dans le jeu de Cooter et alii, ce résultat est possible dès lors qu'une partie fait des propositions « agressives » alors que l'autre n'est pas disposée à réduire suffisamment ses prétentions. Le résultat important est qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer un surplus perçu négativement par les parties pour expliquer l'intervention du juge dans le règlement du litige : « bargaining is more likely to break down because miscalculation of an opponent's behavior is more likely. Players with the same observable traits but different

unobservable traits will pursue different strategies. However, the expectations which a player has about his opponent are formed on the basis of observable traits alone ».

En s'intéressant au déroulement de la négociation, le modèle proposé constitue un premier dépassement des modèles de Landes ou de Gould. Désormais les croyances des parties sont correctes à l'équilibre en ce sens qu'elles ne commettent pas d'erreurs systématiques (les probabilités subjectives correspondent aux fréquences objectives) et pourtant la probabilité d'échec de la négociation n'est pas nulle. Cette analyse remet également en cause certains principes longtemps considérés comme acquis. Par exemple, le modèle « optimiste » assignait une probabilité d'autant plus élevée à l'issue coercitive que les coûts de transaction durant la négociation étaient importants relativement aux frais de justice. En effet, comme les parties agissent de façon à minimiser leurs coûts, une élévation des coûts de transaction rend le jugement plus attractif, pour des frais de justice inchangés. Le modèle de partage, en revanche, assigne une probabilité plus faible à l'issue judiciaire lorsque les coûts de transaction augmentent, puisque cela incite les parties à adopter des stratégies plus conciliantes et donc à réviser à la baisse leurs prétentions, favorisant ainsi la signature d'un accord.

Comparés aux modèles « optimistes », les modèles stratégiques semblent offrir une description plus riche du processus judiciaire aboutissant ou non à un accord entre les parties. Dans pratiquement tous les modèles est introduite une hypothèse d'asymétrie d'information simple liée à la détention d'informations privées par l'une des parties. Ce type de situation se rencontre en effet dans la plupart des litiges : le plaignant peut être mieux informé sur l'importance de son préjudice ou le défendeur peut détenir plus d'éléments concernant la détermination de sa faute éventuelle. Dans le même sens, il est concevable que l'une des parties dispose d'avantages informationnels sur la sévérité du tribunal ou la validité de certaines preuves. Les modèles peuvent toutefois être distingués selon la nature de la négociation (statique ou dynamique) et selon que la partie la mieux informée joue en premier ou en dernier⁴.

La probabilité et le montant de l'accord dans la négociation avant jugement

La littérature sur la négociation antérieure au jugement pose quelques hypothèses restrictives sur la nature de la négociation puisque la proposition est le plus souvent du type « à prendre ou à laisser » (Bebchuck [1984], Reinganum et Wilde [1986], Nalebuff [1987]). Plusieurs catégories de modèles ont été développées dans ce cadre. En premier lieu, les modèles de filtrage où la partie non informée fait la proposition de sorte qu'aucune information n'est transmise par son action. L'offre optimale de cette partie vise ainsi à opérer une sélection parmi les différents types inobservables de la partie adverse. Une question cruciale concerne alors la crédibilité de l'action en justice du plaignant. En second lieu, lorsque la partie la mieux informée joue en premier, l'information privée peut être transmise dans le cadre de modèles de signal. La principale difficulté avec ces modèles réside dans la fréquence des équilibres multiples nécessitant le recours à des raffinements de la notion d'équilibre en plaçant des restrictions sur les croyances hors équilibre lorsque la règle de Bayes ne pose aucune restriction. En troisième lieu, à côté des modèles de filtrage et de signal, ont été proposés des modèles mixtes où les deux parties détiennent simultanément des informations privées.

La partie non informée fait une offre « à prendre ou à laisser »

Dans les modèles de filtrage, lorsqu'une plainte a été déposée, la partie non informée propose dans une première étape les termes de la négociation. Dans la seconde étape, la partie détenant des informations privées accepte ou rejette cette proposi-

tion. Si un accord est trouvé, le juge n'intervient plus, sinon pour constater et enregistrer la conclusion du litige lors de la radiation de l'affaire des rôles du tribunal. Les deux parties sont supposées neutres vis-à-vis du risque et comme dans les modèles « optimistes », on admet qu'en cas de jugement elles doivent supporter des frais d'instance notés respectivement T_p et T_d pour le plaignant et le défendeur⁵. En revanche, les coûts liés à la négociation N_p et N_d sont supposés nuls sans perte de généralité. Enfin, si le juge rend une décision en défaveur du défendeur, le plaignant obtient des dommages-intérêts pour un montant donné D .

La principale hypothèse réside dans le fait que l'une des parties détient des informations privées à propos d'éléments factuels pertinents pour apprécier l'issue attendue en cas de jugement. Nous étudions le cas où le défendeur est cette partie dans la mesure où il connaît les mesures qu'il a prises ex ante en vue de prévenir l'accident (Bebchuk [1984]). Il se trouve de ce fait en position d'avantage informationnel concernant sa faute éventuelle devant le tribunal. Concrètement, cela signifie que le défendeur est capable d'estimer sa probabilité de perdre le procès (i.e. la probabilité de gagner du plaignant), p . Nous admettons par la suite que cette probabilité contribue à définir le « type » du défendeur⁶.

Le type du défendeur est supposé inobservable pour le plaignant⁷. Ce dernier connaît cependant la densité de probabilité $f(\cdot)$ et la fonction de répartition $F(\cdot)$. La fonction f est supposée positive sur l'intervalle $[a, b]$ avec $0 < a < b < 1$ et nulle en dehors de cet intervalle.

Le principe de la négociation consiste alors pour le plaignant à faire une proposition « à prendre ou à laisser » au défendeur. Si elle est acceptée, le jeu prend fin sinon le différend est tranché par le juge. Théoriquement, une troisième issue pourrait être envisagée dans la mesure où le plaignant pourrait décider de renoncer à son action en justice en cas de refus du défendeur. Nous n'envisagerons cependant pas cette éventualité en considérant que dans la plupart des cas le gain attendu par jugement excède les frais d'instance contre le défendeur présentant

le dossier le plus solide ($-T_p + a.D > 0$). Le contentieux est donc profitable pour le plaignant même si le défendeur est du type le plus faible (i.e. s'il a très peu de chances de perdre le procès). Sa menace de poursuivre l'action en justice est donc crédible même dans l'éventualité d'un rejet de l'offre.

Dans ces conditions, le comportement des deux parties peut être analysé pour mettre en évidence la probabilité et les modalités financières d'une solution négociée. Par hypothèse, le plaignant fait une proposition d'un montant S que le défendeur peut rejeter de sorte qu'en cas de jugement sa perte attendue est donnée par $(T_d + p.D)$. La décision du défendeur est prise sous une contrainte de rationalité individuelle : il acceptera la proposition si et seulement si le versement correspondant n'excède pas sa perte espérée en cas de jugement :

$$S \leq T_d + p.D \quad (3)$$

ou encore :

$$p \geq \frac{S - T_d}{D} \quad (4)$$

Autrement dit, le défendeur acceptera la proposition du plaignant si son type p est supérieur ou égal à $q(S)$ avec :

$$q(S) = \frac{S - T_d}{D} \quad (5)$$

Cette valeur $q(S)$ constitue le « type limite » (Borderline type) pour une offre d'un montant S . Plus S est élevé, plus le type limite est lui-même élevé. En d'autres termes, plus le montant de l'offre du plaignant est important, plus sera grande la probabilité de perdre le procès à partir de laquelle un auteur de dommage acceptera de transiger. Toutes choses égales par ailleurs, le nombre de procès est une fonction croissante de S puisqu'il y a

de moins en moins de défendeurs disposés à accepter la proposition du plaignant.

Le problème du plaignant consiste à choisir la valeur de S qui maximise son utilité espérée. Lorsqu'il formule sa proposition, il sait en effet que la probabilité que le défendeur l'accepte est égale à $(1 - F[q(S)])$ et celle qu'il la refuse à $(D [q(S)])$. Dans cette seconde hypothèse (i.e. si le type du défendeur est inférieur à $q(S)$), il y aura un jugement et la probabilité de gagner du plaignant (conditionnelle au type moyen des défendeurs ayant repoussé la proposition) sera donnée par :

$$p = E[q|q \leq q(S)] = \frac{\int_a^{q(S)} xf(x) dx}{F [q(S)]} \quad (6)$$

Le gain espéré par le plaignant est décrit par la fonction :

$$G(S) = \{1 - F[q(S)]\}S + F[q(S)] \left\{ -T_p + D \frac{\int_a^{q(S)} xf(x) dx}{F [q(S)]} \right\} \quad (7)$$

Le problème du plaignant consiste donc à choisir S de façon à résoudre :

$$\text{Max}_S G(S) \quad (8)$$

On en tire la condition de premier ordre suivante :

$$\{1 - F[q(S)]\} = \left\{ \frac{T_p + T_d}{D} f[q(S)] \right\} \quad (9)$$

Cette condition assure qu'à l'équilibre le bénéfice marginal pour le plaignant d'un accroissement du montant de la transaction (terme de gauche) égalise le coût marginal (terme de droite). En effet, l'augmentation de S a pour effet d'accroître la

probabilité d'un jugement, puisqu'il y a relativement moins de défendeurs d'un type supérieur ou égal à $q(S)$ susceptibles d'accepter l'offre⁸.

Soit S^* la solution au problème de maximisation du plaignant et $q^* = q(S^*)$. Le choix de S^* par le plaignant détermine la probabilité que le défendeur accepte la proposition :

$$\pi^* = 1 - F(q^*) \text{ avec } 0 < \pi^* < 1 \quad (10)$$

$$\text{et } T_d + a.D < S^* < T_d + b.D$$

La décision du défendeur de rejeter ou d'accepter la proposition du plaignant n'est pas indépendante de son information privée. Cette proposition sera acceptée si cette information est suffisamment défavorable (le défendeur sait que ses chances de ne pas être déclaré responsable sont faibles) ; elle sera refusée par un défendeur particulièrement prudent avant la survenance de l'accident. Donc, même si le surplus n'est pas négatif, la probabilité de voir le juge décider du règlement du litige est positive. L'origine de l'échec de la négociation entre les parties réside dans l'asymétrie d'information et non dans un désaccord sur l'interprétation d'une information commune comme dans le modèle « optimiste ». Toutes choses égales par ailleurs, on peut remarquer que la probabilité d'un échec de la négociation dépend du montant de l'indemnisation et des frais d'instance.

La condition de premier ordre (9) peut s'écrire sous la forme :

$$\frac{D}{T_p + T_d} = \frac{f(q^*)}{1 - F(q^*)} \quad (9')$$

Compte tenu des hypothèses sur $f(\cdot)$, le terme de droite est croissant en q^* . Une augmentation du terme de gauche implique donc une augmentation de q^* afin de maintenir l'équilibre. Le type limite a alors une valeur plus élevée et le nombre des cas tranchés par le juge augmente. Une augmentation de l'indemnisation versée au plaignant en cas de victoire, D , réduit

donc automatiquement le pourcentage d'accords négociés alors qu'un accroissement des frais d'instance ($T_d + T_p$) entraîne un pourcentage plus élevé.

Le modèle ainsi présenté fait cependant apparaître quelques faiblesses. La possibilité d'utiliser les propositions comme signaux n'est pas envisagée. D'autre part, il pose le problème de la crédibilité des comportements. C'est parce que le plaignant est imparfaitement informé que la proposition S^* est refusée par certains défendeurs. Si le plaignant connaissait le type du défendeur, il ferait une proposition que ce dernier ne refuserait pas. Dès lors, on peut se demander pourquoi le défendeur n'annonce pas son type au début du jeu. En fait, le plaignant aurait intérêt à ignorer ce genre d'annonce en raison du phénomène d'anti-sélection : le défendeur préfère être perçu comme un défendeur de type bas que de type élevé. De ce point de vue, le rejet d'une proposition même faible par un défendeur constitue une « mauvaise nouvelle » pour le plaignant susceptible de l'inciter à renoncer à poursuivre la procédure jusqu'au jugement (Kennan et Wilson [1994]). Dans l'analyse précédente, ce renoncement ne se produit jamais en cas de refus de la proposition puisque le gain espéré par le plaignant en cas de jugement est supposé positif face à n'importe quel type de défendeur. En d'autres termes, la menace du plaignant de poursuivre l'action en justice est toujours crédible. Il convient cependant de s'interroger sur les conséquences de l'existence d'une valeur espérée négative pour le plaignant.

La crédibilité de l'action en justice du plaignant

En prolongeant le modèle précédent, la façon la plus simple d'aborder le problème des NEV (negative-expected-value au sens de Bebchuck [1996]) est de supposer que les défendeurs sont distribués sur l'intervalle $[0, b]$. A l'évidence, un plaignant n'a plus intérêt à aller jusqu'au jugement contre les défendeurs certains de ne pas être déclarés négligents par le tribunal, car sa perte serait alors maximale.

Etant donnée la distribution initiale des défendeurs, ceux dont la probabilité d'être jugés négligents est élevée accepteront en principe la proposition du plaignant. Les autres formeront une distribution « tronquée » au sens de l'équation (6). Si le gain espéré du plaignant face à cette distribution est inférieur à ses frais d'instance, il est incité à abandonner le litige avant le jugement (Nalebuff [1987]). Or, il ne peut s'agir d'un équilibre puisque les défendeurs, anticipant ce renoncement, rejettent tous la proposition du plaignant. La menace du plaignant de poursuivre son action n'étant pas une stratégie optimale (ce n'est pas un équilibre parfait en sous-jeu), elle n'est pas crédible.

Pour maintenir une menace crédible, le plaignant peut alors être contraint de faire une proposition exagérément élevée pour limiter les mauvaises nouvelles qu'il reçoit en cas de rejet par le défendeur. En effet, si une proposition faible est faite, le type limite donné par (5) et le gain attendu en cas de procès face à la distribution des défendeurs donnée par (6) sont faibles également. Donc, quand la proposition augmente, le type limite et la probabilité de gagner du plaignant augmentent aussi. Cela implique qu'en faisant une proposition suffisamment élevée, le plaignant peut s'engager de façon crédible à poursuivre son action en cas de refus du défendeur.

Soit $\omega(S)$ la probabilité que le plaignant aille jusqu'au jugement en cas de rejet de sa proposition ($\omega(S) \leq 1$). Désormais le type limite du défendeur n'est plus décrit par l'équation (5), mais par :

$$q(S) = \frac{S/\omega(S) - T_d}{D} \quad (11)$$

Comme dans le modèle de départ, le défendeur dont le type est inférieur à $q(S)$ rejette la proposition. Ce comportement implique que la probabilité de gagner le procès, anticipée par le plaignant, est donnée par l'équation (6), avec $a = 0$. Sur la base de cette probabilité, le plaignant prend la décision de poursuivre son action ou de la stopper. Soit q^* , la valeur de $q(S)$ pour laquelle il est indifférent entre les deux issues. q^* est trouvée en

égalisant le gain attendu en cas de procès et les frais d'instance du plaignant :

$$\frac{D \cdot \int_0^{q^*} x f(x) dx}{F(q^*)} = T_p \quad (12)$$

La probabilité que le plaignant poursuive son action doit être la stratégie de meilleure réponse à la règle de comportement limite des défendeurs, spécifiée en (11). Trois cas peuvent se présenter :

- si $q(S) < q^*$, le coût du litige excède le gain attendu pour le plaignant et $\omega = 0$;
- si $q(S) > q^*$, le gain net espéré est positif et $\omega = 1$;
- si $q(S) = q^*$, le plaignant est indifférent entre le jugement et le renoncement et $\omega \in [0, 1]$.

L'équilibre requiert que le plaignant maintienne une menace crédible sinon aucun défendeur n'acceptera la proposition de transaction. Si la proposition du plaignant est supérieure à $(q^*D + T_d)$, les défendeurs dont les types satisfont l'équation (4) l'accepteront et les autres la rejeteront. Si la proposition est inférieure à $(q^*D + T_d)$, les défendeurs de types $p > q^*$ l'accepteront et les autres la rejeteront et seront confrontés à une probabilité d'être jugés par le tribunal

$$\omega = \frac{S}{q^*D + T_d}$$

Pour ces offres faibles, le fait que $\omega < 1$ incite plus de défendeurs à refuser la proposition du plaignant, ce qui permet de maintenir la crédibilité de la menace d'aller devant le juge en cas de rejet. La réduction de ω permet en effet de maintenir le type limite en q^* pour les propositions inférieures à $(q^*D + T_d)$.

Le gain espéré du plaignant pour une proposition S est donné par :

$$G(S) = S[1 - F[q(S)]] + \omega(S)F[q(S)] \left\{ -T_p + D \frac{\int_0^{q(S)} x f(x) dx}{F[q(S)]} \right\} \quad (13)$$

Toute proposition $S' < q^*D + T_d$ est dominée par la proposition $S^* = q^*D + T_d$. Pour une proposition S' , ω s'ajuste pour maintenir le type limite en q^* et la menace de poursuite du procès devient crédible. Compte tenu de la définition de q^* , le gain net attendu par le plaignant en cas de procès est nul. En se basant sur l'équation (13), cela implique que comme $S^* > S'$, le gain espéré pour la proposition S^* excède le gain espéré avec S' :

$$G(S') = [1 - F(q^*)]S' < G(S^*) = [1 - F(q^*)]S^* \quad (14)$$

On déduit de ce résultat que le plaignant ne fera jamais une proposition inférieure à S^* et que sa menace de poursuivre son action jusqu'au jugement sera toujours crédible avec une probabilité égale à un en cas de refus du défendeur.

Si le plaignant pouvait s'engager à aller jusqu'au bout du procès, il choisirait de faire une proposition inférieure à S^* . Dans ce cas la probabilité d'un rejet par le défendeur diminuerait et ferait plus que compenser la perte attendue en cas de jugement. Le problème du plaignant lorsqu'il ne peut pas s'engager de façon crédible est qu'une proposition inférieure à S^* n'a pas plus de chance d'être acceptée par le défendeur qu'une proposition égale à S^* . Il existe ainsi un effet pervers consistant pour le plaignant à faire une offre de transaction exagérément élevée. Kennan et Wilson [1994] proposent alors d'augmenter le montant des dommages-intérêts afin d'encourager les accords en permettant au plaignant de faire des offres « généreuses » tout en maintenant une menace crédible d'aller devant le tribunal si la négociation n'aboutit pas. Cette dernière remarque renvoie en fait à un problème plus général concernant les croyances des parties et leur révision durant la négociation. Cela implique toutefois de renoncer à l'hypothèse de négociation « à prendre ou à laisser » sur une seule période au profit d'une approche dynamique de la négociation.

La partie informée fait une offre « à prendre ou à laisser »

Lorsque la partie informée joue la première, ses actions contribuent à transmettre de l'information sur son type non observable

à la partie non informée. Le cadre d'analyse pertinent est donc celui des modèles de signal. Par exemple, lorsque le plaignant détient une information privée sur l'ampleur de son préjudice, sa proposition de transaction peut constituer un signal, dans la mesure où un plaignant ayant subi un dommage important sera moins affecté par un échec de la négociation qu'un plaignant moins sévèrement atteint. Ce dernier s'attend en effet à obtenir un gain relativement plus faible en cas de jugement.

Le processus de transmission de l'information se fonde sur la règle de Bayes, à travers laquelle la partie non informée révisé ses croyances selon les actions de la partie informée. Une difficulté survient avec ce type de modèles car il existe généralement une multiplicité d'équilibres potentiels, la règle de Bayes ne posant aucune restriction sur les croyances hors équilibre (i.e. ce qu'un joueur croit lorsqu'il est confronté à des actions incompatibles avec celle prédites par l'équilibre du modèle). Toutefois, afin de limiter le nombre d'équilibres potentiels, divers raffinements ont été proposés consistant à appliquer des restrictions aux croyances hors équilibre des joueurs non informés. Comme chaque équilibre requiert en général un ensemble de croyances spécifiques pour être atteint, ces restrictions permettent sous certaines conditions de parvenir à un équilibre unique. Dans le cas des modèles de résolution des conflits juridiques, les raffinements utilisés sont notamment ceux de la divinité universelle de Banks et Sobel (Reinganum et Wilde [1986]) ou du critère intuitif de Cho et Kreps (Daughety et Reinganum [1994]).

Le premier modèle de signal en situation de conflits juridiques a été développé par P'ng [1983]. Dans ce modèle, un défendeur est susceptible d'être jugé négligent par un tribunal suite à un accident dont la probabilité d'occurrence p est connue de lui seul. Il est à l'initiative d'une offre de transaction à prendre ou à laisser que le plaignant accepte ou rejette. Ce modèle présente toutefois l'inconvénient de supposer que le montant de la proposition est exogène. Le premier modèle à considérer une proposition endogène est développé par Reinganum et Wilde [1986]. Ces auteurs envisagent une situation dans laquelle le plaignant détient une information privée sur le niveau de son préjudice,

D , supposé équivalent au montant de la réparation fixée par le tribunal en cas de condamnation du défendeur. En revanche, ce dernier ne connaît que la distribution des dommages sur l'intervalle $[D_B, D_H]$ avec $D_H > D_B > 0$. La probabilité, p , que le plaignant gagne le procès est donnée et est une information commune. Le plaignant fait une offre à prendre ou à laisser au défendeur. En cas de rejet ou d'acceptation par le défendeur, on retrouve la structure des paiements du modèle de filtrage statique présenté plus haut. Les deux parties sont supposées neutres vis-à-vis du risque et chacune supporte ses frais d'instance en cas de procès.

Reinganum et Wilde considèrent seulement les équilibres séparateurs en stratégies pures du plaignant. Pour ces équilibres, les propositions du plaignant sont parfaitement révélatrices de son information privée. Le raffinement de l'équilibre Bayésien parfait de Banks et Sobel est utilisé pour éliminer les équilibres mélangeants dans lesquels différents types de plaignants font des propositions identiques. Dans un équilibre séparateur en stratégies pures, une stratégie pour le plaignant est une fonction $S = S(D)$ qui fait correspondre une proposition à chaque niveau de préjudice possible. De même, le défendeur n'observant pas le niveau de dommage réel du plaignant forme des croyances telles qu'à chaque proposition qu'il enregistre correspond un type unique de plaignant. La proposition reçue par le défendeur lui signale le type du plaignant. La fonction $D = B(S)$ décrit ce système de croyances du défendeur. Une stratégie pour le défendeur est une fonction $\Psi = \Psi(S)$ qui spécifie la probabilité de rejet de la proposition du plaignant.

Étant donné ses croyances, le gain espéré du défendeur face à une proposition S susceptible d'être rejetée avec une probabilité Ψ , est donné par :

$$V_d = \Psi [-p.B(S) - T_d] + (1 - \Psi) (-S) \quad (15)$$

Lorsqu'il prend la stratégie $\Psi(S)$ du défendeur comme donnée, le gain espéré du plaignant subissant un préjudice D et faisant la proposition S , est :

$$V_p = \Psi(S)[p.D - T_p] + [1 - \Psi(S)](S) \quad (16)$$

Reinganum et Wilde concluent que le triplet (B^*, Ψ^*, S^*) est un équilibre séparateur si :

- étant données les croyances B^* , la stratégie de rejet de la proposition $\Psi^*(.)$ maximise le gain espéré du défendeur ;
- étant donné Ψ^* , la stratégie de négociation $S^*(.)$ maximise le gain espéré du plaignant ;
- $B^*[S^*(D)] = D$ quel que soit $D \in [D_B, D_H]$, c'est-à-dire que le défendeur assigne un type de plaignant à chaque proposition et ses croyances sont correctes à l'équilibre.

La démonstration de l'existence de l'équilibre commence par l'étude du problème du défendeur. Par hypothèse, sa fonction de gain est différentiable et concave en Ψ :

$$\frac{\partial V_d}{\partial \Psi} = -p.B(S) - T_d + S \quad (17)$$

Si cette expression est positive, $\Psi^*(S) = 1$; si elle est négative, $\Psi^*(S) = 0$. Une solution intérieure telle que $0 < \Psi^*(S) < 1$ ne peut donc être trouvée que si le défendeur est indifférent entre négocier avec le plaignant et attendre le jugement. En d'autres termes, $S^*(D)$ doit satisfaire la condition. $\partial V_d / \partial \Psi = 0$. Dans ce cas, en tenant compte de la troisième condition telle que $B^*[S^*(D)] = D$, on obtient les propositions et les croyances d'équilibre suivantes⁹ :

$$S^*(D) = p.D + T_d \quad (18)$$

$$B^*(S) = \frac{1}{p}(S - T_d) \quad (19)$$

La stratégie de négociation du plaignant $S^*(D)$ ne doit pas seulement satisfaire la condition (18) puisqu'elle doit aussi assurer la maximisation de son gain espéré étant donné $\Psi^*(S)$. En supposant $\Psi^*(S)$ différentiable, on en déduit une nouvelle condition :

$$\frac{dV_p}{dS} = \Psi^{*'}(S) (pD - T_d - S) + 1 - \Psi^*(S) = 0 \quad (20)$$

En combinant les équations (18) et (20), nous obtenons l'équation différentielle suivante :

$$- \Psi'(S) (T_d + T_p) + 1 - \Psi(S) = 0 \quad (21)$$

Pour résoudre ce problème¹⁰, on fait appel à la condition initiale selon laquelle le plaignant subissant le plus petit préjudice fait la proposition la plus faible, qui n'est jamais rejetée (*boundary condition*), soit :

$$\Psi(S_B) = 0 \quad (22)$$

$$\text{avec } S_B = S^*(D_B) = p \cdot D_B + T_d$$

A l'équilibre, la stratégie du défendeur de rejet de la proposition du plaignant est alors :

$$\Psi^*(S) = 1 - \exp \left\{ \frac{-(S - S_B)}{T_d + T_p} \right\} \quad (23)$$

Après la mise en évidence de l'existence de l'équilibre, la démonstration de son unicité repose sur la spécification des croyances du défendeur à l'aide du critère de Banks et Sobel. Les croyances hors de l'équilibre sont ainsi spécifiées de telle sorte que toute proposition S supérieure à $(p \cdot D_H + T_d)$ est supposée être faite par un plaignant de type D_H et sera rejetée avec une probabilité $\Psi = 1$. Les propositions en deçà de $(p \cdot D_B + T_d)$ sont supposées être faites par un plaignant de type D_B et sont acceptées avec une probabilité égale à un.

L'unique équilibre séparateur de ce modèle est parfaitement révélateur de l'information privée du plaignant via le processus de révision Bayésien. Chaque proposition correspond à un type particulier de plaignant et engendre une probabilité différente d'être rejetée. Dans cette optique, le fait que certains litiges

aillent jusqu'au jugement contribue donc à la révélation de l'information privée. La compatibilité des mécanismes incitatifs requiert en effet qu'une proposition « agressive » révèle le type du plaignant et soit rejetée plus fréquemment qu'une proposition plus accommodante. De surcroît, comme chaque type de plaignant est associé à une seule proposition, toute tentative d'un plaignant d'un type donné d'augmenter sa proposition à la marge provoque un accroissement du taux de rejet des défendeurs.

Le défendeur et le plaignant détiennent des informations privées

Dans certains conflits juridiques, il est concevable que le défendeur et le plaignant détiennent simultanément des informations privées. Les modèles combinent alors les propriétés des jeux de filtrage et de signal. Schweizer [1989] examine ainsi un modèle à proposition endogène lorsque chaque partie détient des informations privées sur la probabilité que le plaignant gagne le procès alors que le montant de la réparation est une information commune. Chacune peut recevoir des bonnes ou des mauvaises nouvelles de sorte que le modèle ne considère que deux types de plaignants et deux types de défendeurs. Le défendeur est toujours à l'initiative de la proposition de transaction. Cette proposition fait à la fois fonction de filtrage et de signal et, comme dans le cas d'une asymétrie d'information unilatérale, les équilibres sont multiples. Schweizer s'intéresse aussi bien aux équilibres assurant une transmission parfaite de l'information qu'aux équilibres pour lesquels il n'y a aucune transmission d'information. L'auteur montre en particulier qu'un résultat efficient au sens de Coase (i.e. 100 % d'accords avant la date du jugement) est possible seulement dans le cadre d'un équilibre mélangeant. Après avoir utilisé divers raffinements, un équilibre unique subsiste : les défendeurs avec de mauvaises nouvelles révèlent leur information en faisant une offre plus élevée que les défendeurs ayant de bonnes nouvelles. Ces derniers font une offre plus faible que certains plaignants rejeteront. L'analyse de cet équilibre indique que plus l'information du plaignant s'amé-

liore (mieux il est à même de prévoir l'issue d'un procès), plus la probabilité d'aller au jugement augmente.

Le problème essentiel dans les modèles supposant une double asymétrie d'information consiste à se demander si le résultat des négociations sera le même que ce soit l'une ou l'autre des parties qui fasse la proposition de transaction. Daughety et Reinganum [1994] traite cette question en recherchant les différences d'efficacité lorsque l'initiative passe du plaignant au défendeur. Ces auteurs développent un modèle dans lequel le plaignant détient une information sur le montant de son préjudice alors que le défendeur connaît sa probabilité d'être jugé responsable par le tribunal.

Contrairement au modèle de Schweizer, il existe désormais un continuum de types pour les deux parties et les deux distributions sont informations communes. Sur cette base, Daughety et Reinganum comparent les probabilités de jugement *ex ante* d'abord lorsque le plaignant fait la proposition à prendre ou à laisser puis lorsque ce rôle est joué par le défendeur. Ils parlent respectivement du « modèle-P » et du « modèle-D ». La partie qui joue en second révise sa croyance sur le type de la partie adverse en se basant sur la proposition reçue. Cette croyance est déterminée en utilisant la distribution de départ et les stratégies d'équilibre de tous les types de joueurs. Conditionnellement à ces croyances, un joueur acceptera toute proposition supérieure à la valeur attendue d'une solution imposée par le juge. Le premier joueur fait une proposition optimale étant donnée la probabilité de son acceptation par le second joueur. À l'équilibre, la proposition et la probabilité de rejet doivent être les stratégies de meilleures réponses mutuelles. Daughety et Reinganum considèrent seulement les équilibres séparateurs en se fondant sur le critère intuitif de Cho et Kreps.

À l'équilibre du « modèle-P », le type du plaignant est parfaitement révélé. Ceux qui ont subi le préjudice le plus important font les propositions les plus élevées et sont confrontés de ce fait à une probabilité plus forte d'aller devant le juge. Le type du défendeur, en revanche, n'est pas pleinement révélé puisque les défendeurs seront simplement répartis en deux groupes, selon

qu'ils rejettent ou acceptent la proposition du plaignant. Une incertitude résiduelle subsiste donc et sera partiellement levée pour les affaires tranchées par le juge. A l'équilibre du « modèle-D », le résultat est inversé puisque c'est désormais le type du défendeur qui est parfaitement révélé. En effet, les défendeurs dont la responsabilité attendue est la plus importante font des propositions plus élevées et sont confrontés à une probabilité plus faible d'être jugés. Cependant, l'incertitude demeure concernant les plaignants qui tantôt acceptent, tantôt repoussent la proposition. Leurs types ne seront donc pas parfaitement révélés sauf en cas de procès poursuivis jusqu'à la décision du juge.

Le principal résultat de cette analyse réside dans le fait que l'équilibre obtenu lorsque le plaignant fait la proposition est le même que celui obtenu lorsque le défendeur est à l'initiative de la négociation. La nature symétrique du problème engendre ce que les auteurs appellent la « label duality » du jeu de négociation, pré-jugement permettant la comparaison des incidences des procès dans les deux modèles. En partant de cette neutralité théorique, on montre qu'une augmentation de la variance du type du plaignant (défendeur) rend préférable l'attribution de l'initiative de la proposition de transaction au plaignant (défendeur). En d'autres termes, moins de jugements sont prononcés lorsque la partie la mieux informée joue en premier.

La date de l'accord dans un cadre dynamique

Pour un certain nombre de conflits, la négociation revêt la forme de propositions et de contre-propositions de la part des parties. Un tel comportement semble d'autant plus vraisemblable que la date du jugement est éloignée. La négociation antérieure à la décision du juge peut alors être décrite comme un jeu multipériodique où chaque partie a la possibilité d'accepter la proposition

de l'autre ou de faire une contre-proposition dans la période suivant le mouvement de la partie adverse. L'horizon temporel des parties est généralement fini puisque la date du jugement est le plus souvent connue à l'avance. Si cette condition n'était pas satisfaite, il serait théoriquement possible de raisonner dans le cadre d'un modèle à horizon infini, à l'image de celui proposé par Rubinstein [1982]. Le protocole retenu serait alors celui d'un jeu de partage où chaque partie fait une offre jusqu'à ce qu'une issue soit trouvée. Ordover et Rubinstein [1986] ont élaboré dans ce contexte un modèle dynamique avec propositions et contre-propositions, mais le montant des offres est exogène et le jeu dégénère en guerre d'usure (l'utilité des parties diminue au cours du temps mais elle est localement croissante, chacun ayant intérêt à voir l'autre céder le premier).

Dans le prolongement des modèles de filtrage où la partie non informée est à l'initiative de la proposition de transaction, le seul modèle dynamique intégrant des offres endogènes a été développé par Spier [1992]. Les nouveautés par rapport au modèle canonique de négociation à une période résident d'une part dans l'apparition d'une « option de sortie » dont bénéficie à tour de rôle chaque partie, dans l'hypothèse où elle peut accepter la proposition de l'autre. Par ailleurs, il convient d'intégrer un facteur d'escompte, δ , mesurant l'impatience des joueurs puisque chacun doit attendre au moins une période pour recevoir un paiement tant qu'il n'exerce pas son option de sortie. La négociation avant jugement présente cependant une particularité par rapport à la plupart des modèles de négociation bilatérale, en ce sens que la prise en compte d'un taux d'escompte positif ne suffit pas à inciter les parties à négocier rapidement. Cela tient au fait que, sous certaines conditions de coûts, le plaignant préfère généralement négocier le plus rapidement possible alors que le défendeur désire attendre. Comme le taux est le même, les deux effets se compensent et la taille du gâteau ne diminue pas avec le temps.

En intégrant ces éléments, le modèle de Spier [1992] a pour ambition de rendre compte de certains faits stylisés du système judiciaire américain, en particulier le fait que la plupart des

solutions négociées interviennent sitôt après le dépôt de la plainte ou à l'ultime période avant le jugement. Il existerait ainsi un schéma de négociation ayant une forme en U du fait de la concentration des accords sur la première et la dernière période de négociation.

Le modèle proposé est un modèle de négociation dynamique dont les hypothèses reprennent globalement celles du modèle à proposition unique, à la différence que le type du défendeur n'est plus représenté par sa probabilité d'être jugé négligent, mais par sa perte attendue, G_d (cf. infra note 6, nous supprimerons l'indice « d » par commodité dans la suite de l'exposé). La fonction de distribution cumulée $F(G_d)$ est supposée strictement positive sur l'intervalle $[a, b]$. Spier suppose également que la négociation est coûteuse pour le plaignant qui supporte un coût $n \geq 0$ au début de chaque période tant que le conflit n'est pas résolu et un coût $k \geq 0$ en cas de jugement. Les coûts sont déterminés de façon exogène et les parties ont un facteur d'escompte δ identique ($0 < \delta \leq 1$). Dans ce jeu, le plaignant est à l'origine de toutes les propositions. Il y a T périodes de négociation avant la date du jugement fixée en $T+1$. Dans chaque période, t , le plaignant fait une offre S_t que le défendeur accepte ou rejette. Le jeu peut ainsi se poursuivre jusqu'à la décision du juge¹¹.

Avant d'étudier le cas où le défendeur détient une information privée sur son degré de responsabilité, la situation des parties est examinée en information complète. On montre alors pourquoi la prise en compte du facteur d'escompte ne suffit pas à inciter les parties à négocier dans la première période dès lors que l'attente n'est pas coûteuse pour les parties. D'une façon plus précise, un accord sera trouvé avant le jugement si $k > 0$ et sera signé dans la première période seulement si $n > 0$. Cette propriété peut aisément être mise en évidence par induction à rebours : en T , le plaignant fait une proposition de transaction $S_T^* = \delta G$, puisque la perte attendue par le défendeur en cas de jugement est G . De même, la proposition la plus élevée qu'accepterait le défendeur à chaque période t est donnée par $S_t^* = \delta^{(T-t+1)}G$. Compte tenu de l'hypothèse de rationalité individuelle, le défen-

deur est indifférent entre accepter et rejeter chacune de ces propositions puisque son paiement attendu reste le même. En revanche, le plaignant préfère négocier vite de façon à éviter les coûts n et k . Ses paiements attendus sont donnés par :

– en cas de règlement du conflit à la période t :

$$V_p(t) = \delta^t G - n \left(\frac{1 - \delta^t}{1 - \delta} \right) \quad t = 1, \dots, T \quad (24)$$

– en cas de règlement du conflit par le juge à la période $T+1$:

$$V_p(T + 1) = \delta^T (G - k) - n \left(\frac{1 - \delta^T}{1 - \delta} \right) \quad (25)$$

Dans ces conditions, si $n > 0$, alors $V_p(t)$ est strictement décroissant pour $t = 1, \dots, T$ et la proposition de transaction sera acceptée par le défendeur dès la première période. Si $n = 0$, le plaignant est indifférent entre recevoir par exemple $S_1^* = \delta^T G$ en $t = 1$ et $S_T^* = \delta G$ en T , et il existe un continuum d'équilibres de Nash. Enfin, si $n = k = 0$, alors $V_p(t) = \delta^t G$ quelle que soit t , et l'affaire peut finir devant le juge bien que l'information soit complète. L'attente n'est pas forcément une stratégie inefficace pour les parties opposées dans un litige. L'analyse dynamique prouve que l'existence d'asymétries d'information n'est pas indispensable pour expliquer l'échec de la négociation. Ce résultat est cependant obtenu au prix d'hypothèses très restrictives concernant le caractère négligeable des coûts encourus par les parties et la similitude de leur facteur d'escompte.

Le modèle est ensuite développé en supposant que le plaignant n'observe pas le type du défendeur. Le plaignant a l'initiative de la proposition de transaction dans chacune des T périodes avant le jugement, il observe la réponse du défendeur et révisé ses croyances en appliquant la règle de Bayes.

Dans l'hypothèse où $n = 0$, aucun coût n'est subi par le plaignant avant la décision du juge. Comme la taille du gâteau est constante, il n'y a pas d'incitation à négocier tôt. Au contraire,

Spier suppose que le plaignant non informé va développer un mécanisme d'auto-sélection pour distinguer les différents types de défendeurs de sorte que les types élevés négocient avant les types plus faibles. Au cours des périodes successives, le plaignant se trouve confronté à une distribution tronquée de défendeurs reflétant les accords signés dans les périodes antérieures. Comme cette nouvelle distribution traduit le fait que les types de défendeurs restant dans le jeu sont plus faibles, la proposition optimale (donnée par la condition (9)) sera inférieure à la proposition optimale contre l'ensemble de la distribution des défendeurs. Ainsi, les accords initiaux avec les défendeurs caractérisés par une perte attendue élevée provoquent une diminution progressive du montant de la proposition du plaignant. Réalisant cela, les défendeurs n'ont pas intérêt à accepter une proposition initiale élevée (au sens où elle serait optimale face à l'ensemble des défendeurs). Le plaignant préférerait certainement s'engager à maintenir des propositions élevées dans les dernières périodes, mais cet engagement n'est pas crédible. En effet, l'ultime proposition ne peut être crédible que si elle est optimale contre la distribution tronquée des défendeurs restant à ce moment du jeu. En définitive, si le coût de négociation périodique est nul, le plaignant ne perd rien à reporter l'offre optimale de sortie du jeu à l'ultime période résolvant son problème de crédibilité en faisant des propositions inacceptables jusqu'à ce moment de la négociation. Dans ce modèle le « deadline effect » est donc très fort car les parties parviennent à un accord au dernier moment, « sur les marches du tribunal ».

Lorsque le coût de négociation par période, n , devient positif, le plaignant, incapable d'observer le type du défendeur, se trouve confronté à une difficulté supplémentaire puisque s'il reste soumis au problème de la crédibilité de sa proposition ; il a désormais intérêt à négocier vite pour éviter les coûts de la négociation. Le plaignant préférerait s'engager à faire une proposition élevée dans la dernière période, mais il a intérêt à négocier immédiatement avec les défendeurs dont la responsabilité attendue est la plus importante. Comme sa menace de proposition élevée est de moins en moins crédible au fur et à mesure que de nouveaux

accords sont signés, le plaignant doit en définitive arbitrer entre des accords rapides et des propositions élevées à la fin du jeu. Plus la proposition finale crédible est faible, plus l'offre initiale que les défendeurs sont disposés à accepter est faible. Ces forces peuvent engendrer une courbe en U. Les accords rapides reflètent le désir d'éviter les coûts de négociation et le « deadline effect » traduit le souci de maintenir la crédibilité d'une attitude intransigeante dans la négociation. En réalité, Spier trouve cette forme en U dans le cas d'une distribution binaire des types de défendeurs. Avec une distribution uniforme en revanche, l'ampleur des solutions transactionnelles dans la première période n'est pas très importante. Dans les deux cas, le « deadline effect » est important parce que l'incapacité du plaignant à s'engager profite au défendeur. Dès lors que quelques accords sont signés rapidement, la proposition finale est inférieure au montant que le plaignant pourrait demander avec un engagement irrévocable.

Comme dans le modèle à proposition unique, seuls les défendeurs ayant les meilleures chances de gagner le procès rejeteront les propositions du plaignant jusqu'à la date du jugement. A l'ultime période, le facteur déterminant pour fixer le nombre d'accords est le montant des frais d'instance supportés par le plaignant en cas de jugement, k (puisque les coûts de la négociation encourus au début de chaque période sont irrécupérables)¹².

Le modèle de Spier mérite toutefois d'être mis en perspective avec l'analyse du monopole sur le marché d'un bien durable (Coase [1972]). En principe, sur un tel marché le vendeur et l'acheteur ont intérêt à se mettre d'accord immédiatement : l'acheteur valorise le temps selon son utilité pour le bien et, plus son prix de réservation est élevé, plus il est disposé à payer une somme importante pour consommer vite. Le vendeur quant à lui préfère des revenus immédiats à des revenus futurs. Ainsi, à l'équilibre, le temps contribue à sélectionner les différents types de consommateurs et le monopoleur extrait un prix plus élevé sur ceux qui ont l'utilité la plus forte. Les modèles de négociation dynamique avant jugement présentent donc une spécificité puisque le passage du temps ne suffit pas en lui-même à opérer

une telle sélection et différents types de défendeurs peuvent avoir les mêmes préférences dans le temps. Dans le cas extrême examiné par Spier où les coûts de transaction sont nuls dans chaque nouvelle période, le plaignant a même intérêt à attendre la période ultime avant le jugement pour faire une offre. Ce cas étant vraisemblablement peu fréquent en pratique, il conviendrait de se demander si les chances de trouver un accord rapidement augmentent lorsque les délais entre les propositions diminuent. En effet, l'analyse de Coase suggère qu'un monopole vendant un bien durable aura tendance à fixer un prix d'autant plus proche du prix de concurrence que la période entre ses ventes devient courte (conjecture de Coase). Cette idée est intéressante puisqu'elle signifierait que lorsque les propositions et contre-propositions sont rapprochées dans le temps les gains pour la partie en situation d'avantage informationnel tendraient vers zéro (Gul et Sonnenschein [1988]).

Discussion

Dans le prolongement des modèles stratégiques, les auteurs ont tenté d'apporter des précisions sur certains problèmes directement liés à l'issue des conflits juridiques. Les effets des règles relatives à l'affectation des frais d'instance tantôt à la charge du perdant (système anglais et français de condamnation aux dépens¹³) tantôt à la charge de chacune des parties à concurrence de leurs dépenses effectives (système américain) ont suscité plusieurs études (Gravelle [1989], Hugues et Snyder [1995]). Un autre thème abordé est celui des « nuisance suits », c'est-à-dire des plaintes indésirables déposées par un plaignant dans le seul espoir d'obtenir une compensation financière moyennant le retrait de son droit de poursuite. Rasmusen [1994] montre comment déterminer le montant optimal des frais d'enregistrement de la plainte

dans un modèle avec asymétries d'information pour éviter ce genre de comportement de la part des justiciables [voir également Rosenberg et Shavell [1985] et Daughety et Reinganum [1995]).

Des interrogations subsistent néanmoins pour apprécier la portée réelle des modèles stratégiques. Les principaux points concernent la nature des asymétries d'informations auxquelles sont soumises les parties, la prise en compte des intermédiaires juridiques et l'impact du contentieux sur les précautions des agents.

La nature des asymétries d'information

Dans la plupart des modèles, les auteurs ne discutent pas le type d'asymétries d'information susceptible d'influencer le comportement des parties lors de la négociation. Le plus souvent on suppose que le plaignant connaît seul le montant de son préjudice et/ou que le défendeur connaît seul sa responsabilité attendue compte tenu de son effort préventif avant la survenance de l'accident. L'un des enseignements importants dans ce contexte est que si ce type d'informations privées pouvait être volontairement révélé de façon crédible, il n'y aurait jamais de jugement (Shavell [1989, 1996]). Dans cette perspective, une piste a été peu explorée, celle d'asymétries d'information sur les préférences des parties vis-à-vis du risque. Pourtant, ces préférences sont le plus souvent des caractéristiques inobservables et difficiles à communiquer de façon crédible dans un contexte d'incertitude sur l'issue des procès. Farmer et Pecorino [1994] étudient ainsi un litige entre un défendeur neutre vis-à-vis du risque et un plaignant susceptible d'être neutre vis-à-vis du risque ou d'éprouver de l'aversion pour le risque. Dans l'hypothèse où le plaignant est seul à connaître son attitude vis-à-vis du risque, la négociation peut échouer si le défendeur fait une proposition visant à distinguer les deux types de plaignants, c'est-à-dire une proposition que les individus éprouvant de l'aversion pour le risque accepteront, mais que ceux qui sont neutres vis-à-vis du risque rejetteront. A l'équilibre, la stratégie des défendeurs conduit donc à un procès uniquement contre les plaignants indifférents au risque.

Ces derniers ont un gain attendu supérieur à celui des plaignants qui, acceptant la proposition du défendeur, supportent une prime de risque pour éviter le procès¹⁴.

La portée de ce résultat semble particulièrement importante au regard de la présence fréquente des assureurs dans les contentieux civils. Dès 1975, Phillips, Hawkins et Flemming suggéraient que les litiges impliquant des compagnies d'assurance nécessitent d'intégrer l'attitude des parties vis-à-vis du risque pour expliquer le mode de résolution des conflits. Dans ce cas en effet, le défendeur est le plus souvent un « joueur expérimenté » représentant une compagnie gérant un portefeuille de risques largement diversifié. Le plaignant de son côté est généralement un joueur inexpérimenté, qui joue une seule fois et pour lequel l'enjeu est important relativement à sa richesse. Cela aurait pour effet immédiat de réduire le champ de la négociation et d'inciter les défendeurs à se construire une réputation d'intransigeance dans la négociation contrairement aux plaignants. Selon Phillips, Hawkins et Flemming, le défendeur serait alors en mesure d'extraire dans la plupart des accords l'ensemble du surplus de la négociation (i.e. en faisant une proposition égale à la demande minimale du plaignant, le défendeur dont la menace d'aller au bout du procès est crédible, récupère l'intégralité du surplus).

La prise en compte des relations avocats-clients

L'analyse de la résolution des conflits juridiques suppose que les parties sont directement en contact. On raisonne en fait comme si les parties n'étaient jamais représentées par un avocat ou, plus exactement, comme si l'avocat et son client ne constituaient qu'une seule et même partie en posant qu'un pourcentage du paiement obtenu par le client va à son avocat. Cette approche n'est guère satisfaisante compte tenu des asymétries d'information existant entre l'avocat et son client. D'une part, au moment de la convention le client peut être mieux informé que son avocat sur les faits qui l'ont conduit devant le tribunal et donc sur ses

chances de gagner le procès ; d'autre part, l'avocat peut être mieux informé que son client sur ses compétences et les efforts qu'il va consacrer à l'affaire. Sur la base de ces phénomènes d'anti-sélection et de risque moral, le marché a toutes les chances d'échouer pour fournir la qualité des services des avocats puisque les clients ne percevront qu'une qualité moyenne conformément au problème des « lemons » d'Akerlof [1970].

Le problème posé ici est celui de la convention d'honoraire optimale dans le cadre de la relation d'agence dans laquelle sont engagés l'avocat et son client. Il consiste en particulier à se demander si l'agent (l'avocat) peut accepter que l'honoraire qu'il percevra soit déterminé, en tout ou partie, par le résultat obtenu à l'issue du litige. En fait, plusieurs systèmes sont concevables :

- la rémunération fixe est établie forfaitairement indépendamment du résultat et du temps passé sur le dossier,
- les honoraires sont calculés sur la base du temps passé sur le dossier en appliquant un taux horaire,
- l'honoraire de résultat (ou palmarium) : les parties conviennent à l'avance qu'un honoraire sera relevé d'une somme forfaitaire si l'objectif poursuivi par le client est atteint,
- l'honoraire proportionnel de résultat (pacte de quota litis) : le montant des honoraires est déterminé sur la base d'un pourcentage de l'accroissement du patrimoine auquel le client parvient suite à l'intervention de son avocat.

Il existe une forte hostilité à l'égard des systèmes qui font dépendre les honoraires de l'avocat de la conclusion du procès. Le pacte de quota litis en particulier est interdit dans nombre de pays comme la France ou la Grande-Bretagne. Plusieurs reproches lui sont habituellement adressés : en donnant à l'avocat la possibilité de financer le contentieux, on favorise l'apparition de procès indésirables ; l'honoraire de résultat est généralement jugé excessif ; L'intéressement de l'avocat dans l'affaire provoque un conflit d'intérêt avec son client qui empêche généralement de parvenir à une solution négociée. Pourtant les travaux entrepris depuis quelques années aboutissent à des conclusions plus mitigées (Danzon [1983], Miceli et Segerson [1991], Rubinfeld et Scotchmer [1994]).

En se fondant sur ce qu'un client neutre vis-à-vis du risque choisirait s'il payait son avocat à l'heure, Schwartz et Mitchell [1970] concluaient à un effort moindre de l'avocat et donc à des gains moyens plus faibles devant les tribunaux. Leur argument était qu'avec ce système le client serait disposé à payer l'avocat au point pour lequel le gain attendu égalise à la marge le coût horaire de l'avocat. En revanche, avec les honoraires proportionnels, l'avocat décide du temps qu'il va passer sur le dossier en égalisant son salaire horaire avec sa part du gain attendu. Cette dernière règle implique un effort moindre par affaire et donc un taux de réussite plus faible par rapport à un système de rémunération horaire en situation d'information parfaite.

Danzon [1983] montre que ces deux visions extrêmes sont incorrectes : « competition in the market for legal services can lead attorneys paid on contingent basis to act exactly as would be preferred by fully informed clients paying an hourly wage. If competition is imperfect, however, there may some tendency toward less attorney effort than the client would prefer. Contingent fees can improve on hourly fees when clients are risk averse. A 100 % contingency percentage will dominate any lower contingency percentage when clients are risk averse ». L'argument de fond est que le nombre de plaintes déposées sera certainement plus élevé avec le pacte de *quota litis*, non parce que ce système incite à déposer des plaintes superficielles ou parce que les honoraires sont excessifs, mais parce qu'il protège le client contre le risque. De nombreux clients éprouvant de l'aversion pour le risque seraient en effet dans l'incapacité de supporter les coûts d'un litige avec un système de rémunération au temps en situation d'incertitude sur le résultat final. Rubinfeld et Scotchmer [1994] montrent également dans le cadre d'un modèle principal-agent que le principal avantage du pacte de *quota litis* est d'assurer un partage optimal du risque dans la mesure où le pourcentage du gain rétrocédé à l'avocat est révélateur de la qualité de l'affaire du client. Miceli et Segerson [1991] estiment en outre que ce système contribue à réduire le nombre de procès si la tendance des victimes d'accidents à intenter une action en

justice incite les auteurs de dommages à prendre plus de précaution.

Conflits juridiques et précautions des parties.

Le thème de la prévention des accidents est un thème majeur en économie du droit. De nombreux auteurs se sont en effet efforcés de comparer les effets de différents systèmes de responsabilité sur l'incitation à prendre des précautions de façon à minimiser le coût social des accidents. De ce point de vue, comme les litiges sont coûteux, les dépenses de précaution doivent contribuer à réduire à la fois la probabilité d'accident et l'étendue des condamnations attendues par les défendeurs. Pourtant, peu de travaux se sont intéressés à l'impact des différents modes de résolution des litiges sur l'effort de prévention des parties à un litige (Pn'g [1987]). Le déroulement de la négociation peut engendrer des incitations à réduire les sources potentielles de dommages de sorte que la probabilité d'accident peut être endogénéisée dans le cadre des modèles de conflits juridiques (Deffains [1996]).

Les modèles de résolution des conflits supposent également que le défendeur est susceptible d'être condamné à réparer le dommage du plaignant sans jamais s'interroger sur la forme de responsabilité appliquée par les tribunaux. Pourtant, le comportement des parties ne sera sans doute pas le même selon que la responsabilité se fonde ou non sur la faute du défendeur. Certains travaux montrent en particulier que le contentieux tend à s'élever lors du passage d'un régime de responsabilité pour faute à un régime de responsabilité sans faute (i.e. la probabilité d'être condamné ne dépend plus de l'effort de précautions du défendeur). Il conviendrait donc de se demander comment évoluent les modalités de la résolution des litiges entre les parties lorsque la règle appliquée par le tribunal change. Plus généralement, la théorie économique du fonctionnement du système judiciaire pourrait certainement être améliorée en approfondissant l'analyse du comportement des juges dans la mise en oeuvre des règles de droit.

L'analyse présentée dans cet article permet d'expliquer pourquoi les agents engagés dans des procès coûteux échouent pour signer un accord bilatéral avant la décision du juge. Une explication possible réside dans le fait que les parties adverses interprètent différemment les informations qu'ils reçoivent sur l'issue du jugement. Une autre explication insiste sur l'importance des asymétries d'information et des comportements stratégiques des justiciables. Au regard des premiers travaux empiriques, il apparaît que la seconde explication est mieux à même de rendre compte du fonctionnement du système judiciaire (Farmer et Pecorino [1996]). Les modèles proposés ont cependant été développés dans un cadre simplifié où les parties doivent s'entendre sur une offre à prendre ou à laisser. Or, cette approche ne permet pas de rendre compte de certains faits stylisés comme la courbe en U du système judiciaire anglo-saxon. De ce point de vue, une théorie réaliste de la résolution des conflits juridiques semble devoir reposer sur une théorie dynamique de la négociation. C'est essentiellement dans ce cadre que les modèles de signal et de filtrage prendront leur pleine dimension et que les recherches empiriques seront susceptibles de les départager.

Notes

1. Ces modèles ne sont pas totalement antinomiques de ceux de la « seconde génération ». L'origine des divergences d'opinions peut en effet résider dans le fait que les parties détiennent des informations privées relatives au jugement attendu alors même que les gains en cas d'accord constituent une information commune.

2. En fait, dans la plupart des modèles on admet que le montant des dommages-intérêts attribués par le tribunal à la victime est donné et connu des deux parties de sorte que l'issue attendue par les parties diffère uniquement par la perception de leur probabilité de perdre ou de gagner le procès.

3. Cooter oppose en fait au théorème de Coase ce qu'il appelle le théorème de Hobbes à savoir que le rôle du droit serait de réduire l'inefficacité liée à la nature de la négociation. En pratique, cela reviendrait à interdire aux parties d'envisager des solutions où elles seraient toutes perdantes. Le théorème de Hobbes, en supprimant l'éventualité de résultats inefficaces, conduirait ainsi à une intervention tatillonne du législateur dans le droit des contrats.

4. Une autre distinction est possible selon que les termes de la négociation sont exogènes (P'ng [1983]) ou déterminés de façon endogène (Bebchuck [1984]). le premier type de modèle ne présente cependant qu'un intérêt limité puisqu'il écarte le problème du comportement des justiciables dans la détermination de l'issue négociée.

5. La règle américaine est appliquée : en cas de jugement, le perdant ne peut donc être condamné aux dépens (cf. infra note 10).

6. Dans la section suivante, nous admettrons que cette probabilité dépend explicitement de l'effort de précaution du défendeur, mesuré par ses dépenses en la matière (x) : $p(x)$ avec $p'(x) < 0$ et $p''(x) > 0$. Il y aurait alors autant de types de défendeur que de niveaux de précaution ex ante. Toutefois dans la mesure où la responsabilité pour faute est appliquée il est logique de ramener ce chiffre à deux, les défendeurs respectant le niveau de précaution légal et ceux qui ne le respectent pas en supposant que les plaignants ne peuvent pas observer le niveau des dépenses effectuées.

7. Il serait théoriquement possible de définir le type du défendeur à partir de sa perte attendue $Gd = p.D$ puisque comme D est supposé donné, G suit la même loi de distribution que p (voir Spier [1992]).

8. En fait, l'augmentation de S accroît la probabilité d'un jugement de :

$$\frac{dF[q(S)]}{dS} = \frac{f[q(S)]}{D}$$

Le fait d'aller au tribunal contre un défendeur de type $q(S)$, au lieu de trouver un accord avec lui, implique une perte pour le plaignant d'un montant ($T_p + T_d$). Par hypothèse en effet, si le défendeur est du type limite, l'issue transactionnelle donne l'intégralité du surplus de la négociation au plaignant à l'initiative de la proposition.

9. On notera au passage que la stratégie de propositions d'équilibre correspond au type limite du défendeur tel que défini dans le modèle de filtrage avec une proposition à prendre ou à laisser (cf supra équation [3]).

10. L'équation (23) admet un ensemble de solutions à un paramètre :

$$\Psi(S) = 1 \pm \lambda \exp \left\{ \frac{-S}{T_p + T_d} \right\}$$

11. Comme précédemment, le litige est profitable même contre le défendeur du type le plus faible ($G = a$). La menace de poursuivre l'action jusqu'au jugement est donc crédible puisque :

$$\delta^T (a - T_p) - \frac{n(1 - \delta^T)}{(1 - \delta^T)} \geq 0$$

12. Lorsque G est distribué de façon uniforme sur l'intervalle $[a, b]$, et $n > 0$, on démontre que l'équilibre bayésien parfait est unique (Spier [1992], p.101). En particulier si :

$$\delta^T (b - k) - (\delta + \dots + \delta^{T-1}) n > \delta^T a,$$

alors les propositions du plaignant à l'équilibre sont données par :

$$S_1^* = \delta^T (b - k) - (\delta + \dots + \delta^{T-1}) n$$

$$S_t^* = \delta^{-(t-1)} S_1^*, t = 2, \dots, T$$

et la distribution des types de défendeur restant en conflit au début de chaque période est donnée par :

$$G_t = b$$

$$G_t = b - \delta^T \sum_{i=1}^{t-1} \delta^i n, t = 2, \dots, T$$

$$G_{T+1} = G_t - k$$

13. Dans le système français, au sein des frais d'instance on distingue deux catégories : les frais irrépétibles (i.e. irrécupérables) et les frais répétibles appelés dépens. La récupération des dépens est prévue et réglementée par l'article 695 du nouveau Code de procédure civile. En revanche, les frais irrépétibles comprenant essentiellement les honoraires d'avocats ne peuvent être récupérés sur l'autre partie à moins que le juge n'en décide autrement. Ce dernier cas est surtout valable dans le cadre des relations entre consommateurs et professionnels.

14. Dans un cadre dynamique, l'existence de plusieurs périodes de négociation accroît la capacité du défendeur à faire des propositions qui discriminent les différents types de risques : ceux qui éprouvent relativement plus d'aversion pour le risque sont incités à négocier plus vite.

Bibliographie

- D.G. Baird, R.H. Gertner, R.C. Picker [1994] : *Game Theory and The Law*, Harvard University Press.
- J.S. Banks, J. Sobel [1987] : *Equilibrium Selection in Signaling Game*, **Econometrica**, vol. 55, pp. 647-661.
- L.A. Bebhuck. [1984] : *Litigation and Settlement Under Imperfect Information*, **Rand Journal of Economics**, vol. 15, p. 404.
- L.A. Bebhuck. [1996] : *A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, **Journal of Legal Studies**, vol. 25, pp. 1-25.
- I.K. Cho, D.M. Kreps [1987] : *Signaling Games and Stable Equilibria*, **Quarterly Journal of Economics**, vol. 102, pp. 179-221.
- T.Y. Chung [1996] : *Settlement of Litigation Under Rule 68 : An Economic Analysis*, **Journal of Legal Studies**, vol. 25, pp. 261-286.
- R. Coase [1972] : *Durability and Monopoly*, **Journal of Law and Economics**, vol. 15, pp. 143-149.
- R. Cooter, S. Marks, R. Mnookin [1982] : *Bargaining in the Shadow of the Law : a Testable Model for strategic Behavior*, **The Journal of Legal Studies**, vol. 11, pp. 225-251.
- R. Cooter [1982] : *The Cost of Coase*, **Journal of Legal Studies**, vol. 11, pp. 1-20.
- R. Cooter, D.L. Rubinfeld [1989] : *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, **Journal of Economic Literature**, vol. 27, pp. 1067-1097.
- P.M. Danzon [1983] : *Contingent Fees for Personal Injury Litigation*, **Bell Journal of Economics**, pp. 213-234.
- A.F. Daughety, J.F. REinganum [1994] : *Settlement Negotiations with Two-Sided Asymmetric Information : Model Duality, Information Distribution and Efficiency*, **International Review of Law and Economics**, vol. 14, pp. 283-298.
- A.F. Daughety, J.F. REinganum [1995] : *Keeping Society in the Dark : On the Admissibility of Pretrial Negotiations as Evidence in Court*, **Rand Journal of Economics**, vol. 26, pp. 314-331.
- B. Deffains [1996] : *Conflits juridiques et comportement stratégiques des justiciables*, Communication aux XIII^e journées de micro-économie appliquée, Liège.
- A. Farmer, P. Pecorino [1994] : *Pretrial Negotiations with Asymmetric Information on Risk Preferences*, **International review of Law and Economics**, vol. 14, pp. 273-282.
- A. Farmer, P. Pecorino [1996] : *Informational Asymetries Versus Excessive Optimism as a Cause of Bilateral Bargaining Failure : Some Evidence from the Use of Arbitration in Major League Baseball*, LEA Working Paper.
- P. Fenn, I. Vlachonikolis [1990] : *Bargaining Behavior by Defendant Insurers : An Economic Model*, **The Geneva Papers on Risk and Insurance**, vol. 15, pp. 41-52.
- G.M. Fournier, T.W. Zuehlke [1996] : *The Timing of Out-of-Court Settlements*, **Rand Journal of Economics**, vol. 27, pp. 310-322.
- J. Gould [1973] : *The Economics of Legal Conflicts*, **Journal of Legal Studies**, vol. 2, pp. 279-300.
- H.S.E. Gravelle [1989] : *Accidents and the Allocation of Legal Costs with an Uni-*

- formed Court, The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 14, pp. 11-25.
- G. Gulf, H. Sonnenschein [1988] : *On Delay in Bargaining with One-Sided Uncertainty*, *Econometrica*, pp. 601-611.
- G. Gulf, H. Sonnenschein, Wilson [1986] : *Foundations of Dynamic Monopoly and the Coase Conjecture*, *Journal of Economic Theory*, pp. 155-190.
- J.W. Hugues, E.A. Snyder [1995] : *Litigation and Settlement Under the English and American Rules : Theory and Evidence*, *Journal of Law and Economics*, vol. 38, pp. 225-250.
- J. Kennan, R. Wilson [1993] : « *Bargaining with Private Information* », *Journal of Economic Literature*, vol. 31, pp. 45-104.
- W.M. Landes [1972] : *An Economic Analysis of the Courts*, *Journal of Law and Economics*, pp. 61-107.
- Miceli, Segerson [1991] : *Contingent Fees for Lawyers : the Impact on Litigation and Accident Prevention*, *Journal of Legal Studies*, pp. 381-399.
- R. Mnookin, R. Wilson [1996] : *A Model of Efficient Discovery*, Working Paper n° 136, John M. Olin Program in Law and Economics, Stanford.
- B. Nalebuff [1987] : *Credible Pretrial Negotiation*, *Rand Journal of Economics*, vol. 18, pp. 198-210.
- J. Orodver, A. Rubinstein [1986] : *A Sequential Concession Game with Asymmetric Information*, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 101, pp. 879-888.
- M.J. Osborne, A. Rubinstein [1990] : *Bargaining and Markets*, New York, Academic Press.
- J. Phillips, J. Hawkins, J. Flemming [1975] : *Compensation for Personal Injuries*, *Economic Journal*, pp. 129-134.
- I.P.L. P'Ng [1983] : *Strategic Behavior of Suits, Settlement and Trial*, *Bell Journal of economics*, pp. 539-550.
- I.P.L. P'Ng [1987] : *Litigation, Liability, and Incentives for Care*, *Journal of Public Economics*, vol. 34, pp. 61-85.
- R.A. Posner [1992] : *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown.
- E. Rasmusen [1994] : *Games and Information*, New York, Basil Blackwell.
- E. Rasmusen [1994] : *Judicial Legitimacy as a Repeated Game*, *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 63-83.
- J. Reinganum, L. Wilde [1986] : *Settlement, Litigation and the Allocation of Litigation Costs*, *Rand Journal of Economics*, 17, pp. 557-566.
- D. Rosenberg, S. Shavell [1985] : *A Model in which Suits are Brought for their Nuisance Value*, *International Review of Law and Economics*, 5, pp. 3-13.
- D.L. Rubinfeld, S. Scotchmer [1994] : *Contingent Fees for Attorneys : an Economic Analysis*, *Rand Journal of Economics*, pp. 343-356.
- A. Rubinstein [1982] : *Perfect Equilibrium in a Bargaining Model*, *Econometrica*, vol. 50, pp. 97-109.
- S. Shavell [1995] : *Alternative Dispute Resolution : An Economic Analysis*, *Journal of Legal Studies*, vol. 24, pp. 1-28.
- S. Shavell [1996] : *Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible*, *Journal of Legal Studies*, vol. 25, pp. 493-501.
- U. Schweizer [1989] : *Litigation and Settlement under Two-Sided Incomplete Information*, *Review of Economic Studies*, pp. 163-178.

S. Shavell [1982] : *Suits, Settlement and Trial : a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, **Journal of Legal Studies**, vol. 11, pp. 55-81.

S. Shavell [1989] : *Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation*,

Rand Journal of Economics, pp. 183-195.

K.E. Spier [1992] : *The Dynamics of Pretrial Negotiation*, **Review of Economic Studies**, pp. 93-108.