

QUEEN
HF
5353
.S4414
1980

Analyse économique des moyens de recours des consommateurs

Alan A. Shapiro



Consommation
et Corporations
Canada

Consumer and
Corporate Affairs
Canada

In English: An Economic Analysis of Consumer
Redress Mechanisms

Available from: Communications Service
Consumer and Corporate Affairs Canada
Ottawa, Ont.
K1A 0C9

ANALYSE ÉCONOMIQUE DES MOYENS
DE RECOURS DES CONSOMMATEURS //

Alan A. Shapiro

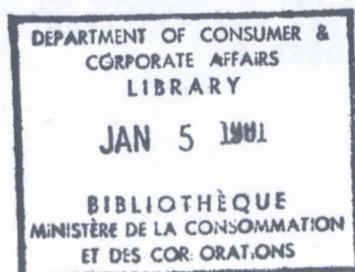
janvier 1979
révisé en mars 1980

Queen
HF5353
S4414
1980

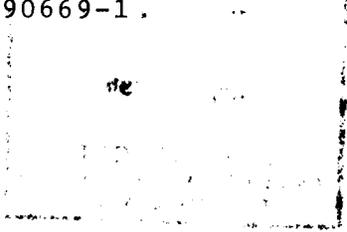
pour

La Direction de l'évaluation et de la recherche en consommation
Bureau des consommateurs
Consommation et Corporations Canada

La présente fait partie d'une série d'études menées par la Direction de l'évaluation et de la recherche en consommation, Bureau des consommateurs, CCC. L'analyse et les conclusions exposées sont celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement le point de vue du Ministère.



© Ministre des Approvisionnements et Services Canada
N° de Catalogue RG23-53/1980/6
ISBN 0-662-90669-1.



AVANT-PROPOS

Il a été prouvé, par des analyses, dans divers documents à caractères juridique, économique et behavioriste que le consommateur n'utilise pas les mécanismes de règlement des litiges dont il dispose et ne porte pas plainte, en partie parce que les frais de justice sont élevés et parce qu'il risque de subir des pertes additionnelles; ces deux facteurs ont un effet dissuasif sur le consommateur même si sa plainte repose sur des arguments solides sur le plan juridique. La croyance selon laquelle cette hypothèse est fondée, est répandue à un point tel que de nombreux efforts ont été déployés pour tenter de rationaliser le système et les procédures juridiques ainsi que l'accès du citoyen à la justice. "L'étude nationale sur la satisfaction et l'insatisfaction des consommateurs et sur leur comportement en matière de plaintes", menée par la Direction de l'évaluation et de la recherche en consommation, indique que seulement 1,07 pour cent des consommateurs réellement mécontents font appel aux services d'un avocat ou prennent d'autres dispositions de nature juridique. Cette attitude, même si elle profite à la société en lui évitant de se charger de la plupart des frais éventuels liés au fonctionnement d'un système de règlement des litiges, laisse également supposer que la disparition des obstacles inhérents à l'utilisation du système judiciaire, malgré son immense succès, ne favoriserait pas nécessairement un taux d'utilisation plus élevé des systèmes publics et juridiques. Par conséquent, il faudra redoubler d'ardeur pour inciter les fournisseurs à régler de façon satisfaisante les plaintes portées par des consommateurs mécontents; on trouve au nombre de ces stimulants le recours justifié du consommateur à la loi.

L'accès à la loi en ce qui a trait à la responsabilité civile du fournisseur et à de nombreuses autres questions a indéniablement besoin d'être amélioré. Toutefois, si l'on considère les résultats invariables relativement à la tendance peu prononcée des citoyens à faire appel au processus de droit civil officiel, il ne fait aucun doute que les efforts qu'il faudra fournir en vue d'améliorer ce processus devront se faire parallèlement dans des secteurs connexes.

Parmi toutes les analyses portant sur le système de règlement des litiges, on remarque très souvent un manque de structure analytique, et ce, en dépit des statistiques économiques avancées. Pour cette raison, nous avons invité le professeur Shapiro, qui a enseigné les sciences économiques à l'université York pendant de nombreuses années et qui vient d'obtenir un diplôme de l'Osgoode Hall Law School, à nous décrire cette structure, plus particulièrement en ce qui concerne la réparation des torts faits au consommateur.

Jonathan J. Guss
Rédacteur

Janvier 1980

TABLE DES MATIÈRES

	<u>PAGE</u>
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I: PRINCIPES DE BASE	
1. Efficacité	3
2. Le critère de Pareto	7
3. Que peuvent alors faire les économistes?	9
CHAPITRE II: THÉORIES DES ACTES DE PROCÉDURES	
1. Les théories en général	11
2. Le modèle de la résolution des conflits-dédommagement	12
3. Le modèle de la modification de comportement	12
4. Implications du choix du modèle	14
CHAPITRE III: PROBLÈMES DES CONSOMMATEURS - DÉFECTUOSITÉS ET MOYENS DE RECOURS	
1. Taux optimal de défauts	17
2. Accès aux moyens de recours	34
3. Analyse du surplus du consommateur de la perte sociale	38
CHAPITRE IV: PROCÈS ET RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL	
1. Introduction	45
2. Facteurs influençant le choix entre règlement transactionnel et procès	46
3. Règlement officiel - modèle du procès	54
4. Cas spécial du consommateur	75
CHAPITRE V: CONCLUSION	81

INTRODUCTION

Peut-on attendre une étude originale sur les institutions et les procédures juridiques de la part des économistes? On peut répondre à cette question par "Oui, mais ...". La conclusion de cette définition a été volontairement laissée en suspens afin de souligner le fait que les économistes ne peuvent en réalité parler de ces institutions que lorsque leurs objectifs ont été bien établis au préalable, et même si c'est le cas, il faut encore que ces objectifs aient d'une manière explicite ou implicite un contenu économique.

Cette étude traite des processus permettant de résoudre les litiges civils, des circonstances selon lesquelles les parties en litige, et particulièrement les consommateurs, utilisent ces processus et des circonstances selon lesquelles on n'y a pas recours, soit parce que les parties ont elles-mêmes réglé leur différend entre elles, soit parce que le demandeur a renoncé à sa plainte. Nous nous intéresserons plus particulièrement aux caractéristiques d'élaboration de ces processus qui contribuent soit au règlement de la plainte soit à sa renonciation.

Cependant, ce n'est pas le fait que les litiges aient été résolus ou non ou le fait que le consommateur ait obtenu justice qui nous intéresse en premier lieu, mais c'est beaucoup plus la question de la répartition des ressources dans la société. Et sur ce point, les institutions juridiques ne peuvent être un objet d'étude pour les économistes que dans la mesure où elles contribuent ou non à l'utilisation efficace des ressources. L'idée d'efficacité économique et le rôle des économistes dans les questions traitant de l'utilisation des ressources dans la société font l'objet du chapitre I.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, il est nécessaire d'établir les objectifs des institutions avant d'analyser celles-ci. Nous examinerons dans le chapitre II deux théories des actes de procédures qui, même si elles ne s'excluent pas, font cependant ressortir des objectifs différents pour les institutions juridiques. Nous avançons dans ce chapitre que c'est uniquement dans le contexte de l'une de ces théories que les institutions et les procédures juridiques relèvent de l'économie et peuvent donc faire l'objet d'une analyse économique.

Le chapitre III analyse la relation entre la prise de décision des producteurs surtout en ce qui a trait à la répartition des ressources destinées à éliminer les produits défectueux et la disponibilité des moyens de recours des récipiendaires de produits défectueux. On compare les règlements juridiques traitant de la responsabilité du producteur/vendeur et de celle du consommateur selon leurs effets sur la répartition des ressources.

Enfin, dans le chapitre IV, nous traiterons plus particulièrement du litige lui-même entre les parties et plus particulièrement entre consommateur et producteur/vendeur afin de déterminer les facteurs du litige et les caractéristiques du processus de résolution des litiges qui engendrent le résultat final.

CHAPITRE I

PRINCIPES DE BASE

1. Efficacité

L'analyse économique en général s'intéresse particulièrement à l'idée d'efficacité et l'analyse économique des institutions et des procédures juridiques ne fait pas exception à cette règle. Il est cependant important de faire la distinction au départ entre l'efficacité économique (domaine des économistes) et l'efficacité technique (domaine des ingénieurs, des techniciens, des analystes du temps/travail, des médecins, etc.)¹. L'efficacité technique s'intéresse à la relation physique entre les données au départ et le rendement. On peut dire par exemple d'une automobile qu'elle a une bonne efficacité technique lorsqu'elle atteint un millage maximum par gallon d'essence, toutes les autres données au départ étant maintenues constantes (huile, usure des pneus, etc.). De même, une chaudière qui donne une chaleur maximum par gallon de mazout a une bonne efficacité technique. On peut dire d'une méthode de production d'un bien qu'elle est techniquement efficace si, pour un nombre fixe de données (capital, main-d'oeuvre, etc.), on ne peut pas atteindre de meilleur rendement de débit de ce bien. Avec une définition acceptable du rendement d'une institution juridique, on peut lui appliquer le même concept d'efficacité technique. D'une manière générale, pour évaluer l'efficacité technique, il faut connaître l'objectif à atteindre (millage, chaleur, production de gadgets², "justice", etc.) et la fonction de production, c'est-à-dire les différentes combinaisons des données au départ permettant de produire divers rendements. Les économistes supposent généralement qu'on utilise les procédés de production les plus efficaces techniquement et ne sont donc pas intéressés outre mesure à l'efficacité technique en tant que telle. Ainsi, si on peut produire la même quantité de gadgets soit avec une machine et cinq

-
1. Pour plus de détails sur l'efficacité économique et technique, voir R.G. Lipsey, G.R. Sparks, and P.O. Steiner, Economics (2^e éd.) (New York: Harper and Row, 1976), à la page 187.
 2. En anglais, un "widget", un bien universel souvent mentionné dans les traités et conférences économiques. On pense qu'il s'agit d'un gadget féminin.

ouvriers ou une machine et quatre ouvriers, l'économiste part simplement du principe qu'on choisira la méthode la plus efficace techniquement soit une machine et quatre ouvriers.

L'efficacité économique traite de la "valeur" et de son utilisation maximale. Il peut y avoir plusieurs méthodes d'utilisation du capital et de la main-d'oeuvre pour produire cent gadgets comme par exemple une machine et dix ouvriers, deux machines et sept ouvriers, trois machines et cinq ouvriers etc. Cependant, une fois qu'on fait face à des prix donnés (des coûts) pour les machines et les ouvriers, il n'y aura généralement plus qu'une méthode pour produire cent gadgets d'une manière économiquement efficace et cette méthode sera la combinaison la plus rentable du capital et de la main-d'oeuvre pour la production donnée. De même, il peut y avoir de nombreuses combinaisons de produits qui donneront au consommateur un état de satisfaction donné (bien-être, utilité etc.) mais étant donné les prix des produits, il n'y aura généralement qu'une combinaison qui sera la plus avantageuse: ce sera le choix économiquement efficace qui permettra de créer ce niveau de satisfaction. Dans ces deux cas (production de gadgets et création de satisfaction du consommateur), le choix de l'option économiquement efficace optimise la valeur pour réaliser à la fois une production donnée au coût le plus avantageux et une production maximale à un coût donné.

Un échange libre et en connaissance de cause entre les parties est une source d'amélioration et est par conséquent économiquement efficace pour les parties impliquées³. En effet, si une partie considère qu'il lui est personnellement profitable de se dessaisir d'un gadget pour en obtenir deux autres et que l'autre partie considère qu'il lui est personnellement profitable de se dessaisir de deux gadgets pour en obtenir un autre alors, par définition, l'accomplissement de l'échange n'est bénéfique qu'à une seule partie (selon ses propres critères) et qu'il est indifférent à l'autre partie (c'est-à-dire qu'il n'est ni bénéfique ni nuisible).

3. Si les parties supportent elles-mêmes le total des coûts et des bénéfices de l'échange, l'échange deviendra alors économiquement efficace pour la société également.

Si l'échange est contraint et non libre, il n'y a pas de critères valables permettant d'évaluer l'amélioration possible apportée par l'échange: l'échange peut très bien causer du tort aux parties ou être bénéfique à une partie et nuisible à l'autre. On peut estimer cependant que si la contrainte était nécessaire pour réaliser l'échange, au moins une des parties considère l'échange défavorable⁴.

Si l'échange fait l'objet d'une déclaration frauduleuse par l'une des parties, il ne sera pas bénéfique même s'il est libre. Mais encore là, il est difficile de l'affirmer. Ainsi si un consommateur sait qu'une présentation commerciale sur dix est frauduleuse et qu'il accepte de participer à cette catégorie d'échanges même à ce prix-là, alors cette catégorie d'échanges est efficace, quoique non pas au même degré que si elle était exempte de fausses déclarations.

On peut appliquer une analyse semblable aux produits défectueux reçus en échange. Cette fois encore, si le consommateur participe de son plein gré et malgré un certain prix à une série d'échanges en sachant qu'une certaine proportion des produits sera défectueuse, alors les échanges dans leur ensemble doivent être efficaces. Il faut cependant différencier les déficiences des fausses déclarations quant à leur nombre optimum. Le nombre optimum de fausses déclarations est nul. Elles nécessitent l'utilisation de ressources (enquête, assurance, poursuites, etc.) tout en diminuant l'efficacité de l'échange et elles peuvent surtout être supprimées gratuitement en ce sens qu'elles ne nécessitent pas l'usage de ressources économiques pour leur annulation. Les produits défectueux par contre, ne peuvent qu'être réduits en nombre par l'usage de ressources économiques. Toutefois, il arrive un moment où il n'est plus efficace économiquement d'étendre ces ressources pour réduire encore davantage les déficiences.

4. Cela suppose que le total des coûts et des bénéfices de l'échange sont uniquement supportés par les parties impliquées. Cependant, si un montant appréciable des bénéfices ne s'inscrit pas dans l'échange, la seule manière d'éviter le problème du "cavalier seul" peut être d'avoir recours à une transaction obligatoire.

Parmi les influences qui permettent à un particulier d'évaluer les possibilités d'échange en tant que personnellement favorables ou défavorables, il faut également citer le surcroît de son patrimoine et le flux de revenu⁵. Un échange donné peut représenter pour ce particulier en termes d'avantage un changement dans la répartition des richesses entre ce particulier et la communauté. On remarque que tout ce qu'on a clairement défini sur l'efficacité économique pour un individu ou une communauté dépend en grande partie d'une répartition donnée des richesses et du revenu. Il est nécessaire de ne pas perdre de vue cette relation afin de ne pas se laisser entraîner dans des expressions normatives basées sur des suppositions sans fondement quant à une situation de statu quo dans la répartition des richesses.

Pour terminer cet exposé sur l'efficacité économique, on peut voir pourquoi les économistes sont "contre" le vol. Tout d'abord, il est évident que les victimes éventuelles feront appel à des ressources pour tenter de se protéger. L'utilisation de ces ressources représente une perte de poids mort socialement improductive. De plus, une situation de vol n'apporte aucune garantie d'amélioration à l'échange. Supposons qu'une personne possède une montre qu'il évalue à \$100, ce qui veut dire qu'il s'en dessaisirait pour \$100 ou plus. Supposons qu'un voleur évalue cette montre à \$150. La montre peut alors passer dans les mains de celui qui l'évalue au plus haut prix de deux manières différentes: soit par un échange libre pour une somme entre \$100 et \$150, soit par un vol. En termes de ressources allant vers la meilleure utilisation possible, ces deux méthodes conduisent au même résultat d'efficacité. Le fait que le vol soit défavorable à la victime n'enlève rien au fait que la montre soit effectivement passée dans les mains de celui qui l'a évaluée au plus haut prix et qu'en théorie le voleur pourrait compenser la victime pour sa perte (transformant ainsi naturellement la nature de l'échange) ce qui serait alors bénéfique à la fois au voleur et à la victime. Malheureusement, nous n'avons

5. En théorie, on peut considérer le revenu comme provenant du patrimoine humain et non humain et il suffit de parler du patrimoine lorsqu'on aborde les questions de distribution.

pas d'indication sociale ou individuelle nous permettant de savoir si le vol déplace les ressources vers les parties qui les évaluent à un prix plus élevé que leurs anciens propriétaires. La raison d'être économique d'une sanction est alors de décourager les voleurs éventuels du vol et de les encourager à faire connaître leur évaluation par un échange libre. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'on aura une indication permettant de savoir si l'échange proposé est bénéfique et par conséquent efficace ou non.

2. Le critère de Pareto

Il existe une pléthore de politiques économiques possibles et par suite une pléthore de différents aspects économiques et jusqu'ici les économistes ont dépensé beaucoup d'énergie, avec des résultats mitigés, pour savoir ce qui leur permet d'affirmer que telle politique ou tel aspect économique peut conduire à une amélioration du bien-être social (c'est-à-dire de la communauté)⁶. La plupart des critères d'évaluation des changements ont buté sur le terrain des comparaisons interpersonnelles. Pour illustrer cela d'une manière simple, on peut dire qu'il n'est pas possible d'établir, sans avoir recours à un système de valeur extérieur, qu'un changement économique qui est bénéfique à 99% des membres et nuisible à un pour cent d'entre eux est une amélioration, c'est-à-dire qu'il améliore le bien-être social.

Le premier critère suggéré (et pour beaucoup d'économistes le seul valable jusqu'à maintenant) était le critère de Pareto⁷ qui soutient qu'un changement bénéfique pour au moins une personne et nuisible à aucune représente une amélioration du bien-être social. De même, un changement qui est nuisible à quelques personnes et bénéfique à aucune apporte une dégradation du bien-être social. On ne peut rien dire des changements qui sont bénéfiques à certains et nuisibles aux autres.

6. Pour une critique excellente du critère relatif aux jugements du bien-être social, voir W.J. Baumol, Economic Theory and Operations Analysis (2^e éd.) (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1965), pp. 375-380.

7. Cité par l'économiste et sociologue italien Vilfredo Pareto (1848 - 1923).

La plupart des observateurs trouveront ce critère acceptable surtout ses deux premières parties, mais d'une utilité relativement limitée étant donné que la plupart des changements de politique sont en fait bénéfiques à certains et nuisibles à d'autres. On ne peut cependant pas juger la plupart des propositions de politiques selon le critère de Pareto en grande partie parce que le critère évite explicitement le problème le plus critique en ce qui concerne l'évaluation de politique, soit les comparaisons interpersonnelles. L'auteur de cet exposé estime que le critère de Pareto est surtout utile pour démontrer en théorie que pour un apport initial de richesses donné, une économie parfaitement concurrentielle, en l'absence d'extériorités, de fonctions d'utilité interdépendantes, de retours d'échelle croissants, donnera une solution d'équilibre à la répartition des biens parmi les consommateurs, à la répartition des ressources parmi les producteurs et à la composition de la production, ce qui représente l'optimum de Pareto, c'est-à-dire ce qui ne peut être amélioré tout en rencontrant le critère de Pareto. En termes modérés, ce critère n'est sans doute pas d'une grande utilité pour analyser les problèmes économiques et juridiques actuels.

Certains économistes⁸ ont tenté d'améliorer le critère de Pareto en suggérant qu'un changement dans l'économie pouvait être considéré comme une amélioration si ceux qui en bénéficient étaient capables d'évaluer leurs gains à une valeur monétaire plus élevée que la valeur monétaire attribuée aux pertes de ceux qui ont été lésés, de telle manière que les bénéficiaires sont en puissance capables de compenser les désavantagés et être malgré cela dans une meilleure situation qu'avant le changement. La compensation effective n'a cependant pas besoin d'avoir lieu comme dans notre exemple précédent du vol de la montre. Cette modification du critère, même si elle est plus utile, est encore basée sur une répartition des richesses de statu quo étant donné qu'elle repose sur des évaluations de gains et de pertes en rapport avec le patrimoine des individus. Comme la plupart des politiques économiques ont une influence sur la répartition des richesses de la communauté, le critère modifié n'est pas beaucoup plus utile que le critère lui-même.

8. Kaldor et Hicks par exemple.

Enfin une autre interprétation suggère qu'un changement qui serait bénéfique à certains et nuisible à d'autres pourrait être considéré comme une amélioration sociale non seulement si les gagnants sont capables en puissance de compenser les perdants, mais aussi si la compensation a lieu effectivement. On laisse le soin au lecteur d'énumérer les cas sociaux où ce genre de compensation puisse avoir lieu.

3. Que peuvent alors faire les économistes?

Si ni le critère de Pareto ni les critères issus de Pareto ne semblent pas nous être d'une grande utilité pour une analyse de politique clairvoyante, que peut alors faire ou dire un économiste qui fait face à un problème perçu comme un problème social, c'est-à-dire pour eux-mêmes par certains groupes ou individus (les législateurs, les consommateurs, les citoyens en général, les économistes, les clients etc.)? Dans une telle situation, l'économiste ne peut généralement que suivre les conséquences, laissant l'évaluation finale des changements aux personnes qui ont la responsabilité de prendre des décisions sociales. Il peut dire, par exemple, que si une option de politique X_1 est exercée, les conséquences seront Y_1 ; si X_2 est exercée, les conséquences seront Y_2 etc. Il peut également recommander l'élimination d'une ou plusieurs options de politique X_1 si elles sont inférieures selon le critère de Pareto quant à leurs résultats face à certaines des autres options. Il peut parfois être possible de recommander une seule politique à celui qui prend les décisions mais ce dernier aura tout de même une décision politique à prendre à savoir si le changement occasionné par la politique représente ou non une amélioration du bien-être social.

CHAPITRE II

THÉORIES DES ACTES DE PROCÉDURES

1. Les théories en général

Il est impossible d'observer un phénomène social ou physique sans une théorie, c'est-à-dire un cadre conceptuel au sein duquel on peut classer les stimuli. Le nombre de stimuli émanant d'un seul phénomène est infini et ce n'est que dans un cadre conceptuel qu'on peut en faire une sélection et en rejeter afin de bâtir une observation intéressante. Prises dans ce sens, les théories sont purement fonctionnelles. Elles peuvent nous permettre d'expliquer un phénomène particulier en détails, passablement, un peu ou à peine. On ne peut cependant pas dire d'une théorie qu'elle est "exacte". Le plus qu'on puisse en dire est qu'elle est la plus utile parmi une série de théories concurrentielles.

Différentes théories peuvent prétendre expliquer le même phénomène. Ainsi une théorie psychologique du comportement criminel peut expliquer certains aspects de ce comportement tandis qu'une théorie économique ou sociologique peut en expliquer d'autres. Le choix de la théorie dépendra de l'aspect du phénomène auquel l'observateur s'intéresse davantage mais l'observateur n'est pas obligé de n'utiliser qu'une seule théorie. On ne serait pas surpris cependant de voir les psychologues utiliser des théories psychologiques pour expliquer un phénomène où les économistes font appel à des théories économiques.

Quels sont les cadres conceptuels qui nous permettraient d'observer les actes de procédure? Dans un contexte social, que font ou accomplissent effectivement les tribunaux civils? Il est évident qu'on résout judiciairement les situations de litige qui passent devant les tribunaux tandis que celles qui ne passent pas devant les tribunaux, soit de plein gré, soit parce que la procédure a été refusée explicitement aux parties, trouvent leur solution en dehors du système judiciaire. Mais ceci n'est qu'une description et non une analyse. Dans un contexte social plus étendu on peut se demander ce que les tribunaux accomplissent en faisant ce qu'ils font. On a suggéré pour cela deux approches¹: le modèle de la résolution des conflits-dédommagement et le modèle de la modification du comportement-contrôle.

1. Voir K.E. Scott, "Two Models of the Civil Process", Stanford Law Review (27:1975), p. 937.

2. Le modèle de la résolution des conflits-dédommagement

Le modèle de la résolution des conflits voit les actes de procédure comme une solution plus souhaitable que les moyens autosuffisants et que la violence de représailles². La société bénéficie de la sécurité et d'une baisse de ressources utilisées par le biais des litiges dans le système judiciaire et cette extériorité positive justifie les prestations des services judiciaires subventionnées. Dans ce modèle, l'accent est mis sur le demandeur - jusqu'à quel point il a été lésé et le dédommagement qui lui est dû. S'il est plus probable que la violence soit considérée, plus le demandeur aura subi de tort, plus le modèle prévoit un biais en faveur d'un meilleur accès au système judiciaire pour les plus grandes plaintes. Si la partie lésée ne désire pas intenter une action, il y a peu de chances qu'elle cherche des moyens de recours en dehors du système judiciaire et le modèle suggéré ici ne peut pas par conséquent lui être d'un grand secours. De même, un système judiciaire fonctionnant dans le contexte d'un tel modèle ne regardera pas d'un oeil favorable la présence de tiers qui susciteraient un procès ni l'attribution des plaintes, ni pour cette question le maintien de la procédure par un organisme administratif en faveur des parties lésées, les consommateurs par exemple. Dans ce modèle, on cherche surtout à trouver une solution pacifique au conflit mais s'il n'y a pas vraiment de manifestation de conflit, le contexte de ce modèle présente peu d'intérêt.

3. Le modèle de la modification de comportement³

Alors que le modèle précédent est centré sur le demandeur, le modèle de modification de comportement s'intéresse beaucoup plus à l'acte social du défendeur non pas tellement pour le présent mais pour l'avenir

-
2. Voir A.M. Linden, "Faulty No Fault: A Critique of the Ontario Law Reform Commission Report on Motor Vehicle Accident Compensation", Osgoode Hall Law Journal (13:1975), p. 439.
 3. Voir K.E. Scott, "Two Models of the Civil Process", Stanford Law Journal (27:1975), p. 938, note 11.

ainsi qu'aux autres défendeurs éventuels. On considère alors l'acte de procédure comme un moyen de décourager ou de changer un comportement particulier en lui imposant des frais. Le dédommagement et l'apaisement du demandeur ne constituent pas le principal intérêt une fois que l'action est intentée.

Ce modèle s'accorde bien avec le point de vue économique qui estime qu'on peut expliquer les règles juridiques concernant la responsabilité comme des éléments qui contribuent à l'efficacité économique⁴. Si un acte impose des frais qui sont supportés par d'autres - des extériorités -, on doit alors imputer ces coûts à l'auteur de l'acte. Ainsi, on demandera à celui qui, par négligence, cause du tort à un autre de payer des dommages et intérêts suffisants (en théorie) pour dédommager complètement sa victime. Le fait que l'auteur de l'acte prenne conscience de l'ensemble des frais entraînés par sa négligence l'incite à agir avec précaution et à éviter ainsi de léser d'autres personnes. On ne peut cependant pas prendre toutes les précautions possibles mais seulement celles qui sont économiquement efficaces en ce sens qu'elles réduisent la responsabilité des dommages et intérêts davantage que le coût entraîné par la précaution prise. Le coût social de la négligence qui est la somme du coût de prévention des accidents et des dommages-intérêts provenant des accidents qui ne "valent" pas la peine d'être prévenus sera alors réduit.

On peut exercer une approche similaire envers les personnes responsables de rupture de contrat alors que d'autres personnes comptaient dessus. Si le total des frais de rupture doit être supporté par le débiteur, il n'y aura alors rupture de contrat que dans les cas où les coûts d'opportunité (soit le revenu perdu en s'engageant dans le contrat en question, soit le coût de l'exécution du contrat) sont plus élevés que le rendement plus les dommages-intérêts associés à la rupture. En général, l'intégration des extériorités, en imposant une responsabilité juridique, favorise la réalisation du niveau optimal de prévention, niveau qui minimise le coût social de l'acte.

4. Voir R.A. Posner, Economic Analysis of the Law (2^e éd.) (Boston: Little, Brown and Co., 1977).

Le niveau optimal de prévention est obtenu en obligeant les auteurs à payer l'ensemble des frais de leurs actes. Il n'est cependant pas nécessaire dans le contexte du modèle que les personnes lésées soient les récipiendaires, c'est-à-dire que les demandeurs soient dédommagés. Si les dommages-intérêts imposés au défendeur étaient payés à l'Etat ou à une autre institution, on obtiendrait le même niveau de prévention. L'important est que le défendeur assume l'ensemble des frais de chaque option lorsqu'il a à choisir parmi différents comportements. Si toutefois la responsabilité est imposée au défendeur par la procédure du droit civil, le paiement du dédommagement au demandeur est d'une importance capitale car c'est le motif qui incitera le demandeur à intenter une action au départ. Même si le dédommagement n'a rien à voir avec la prévention, il représente tout de même un aspect nécessaire de l'acte de procédure surtout s'il n'y a pas d'organismes administratifs chargés de faire appliquer la responsabilité ou dans les cas où ces organismes ne sont pas compétents pour mettre à jour la cause initiale de l'acte.

4. Implications du choix du modèle

Le modèle du contrôle de comportement en tant que cadre conceptuel se prête bien à une analyse économique du droit. L'équité y trouve sa place et l'intérêt qu'on lui porte est même facilité dans ce modèle en ce sens qu'un tribunal qui fonctionne selon les paramètres de ce modèle sera probablement beaucoup plus préoccupé par un enrichissement injuste qu'un tribunal qui fonctionne selon le modèle de la résolution des conflits.

Si on considère comme souhaitable qu'on exige le paiement des frais encourus de ceux qui ont causé du tort à autrui, non pour des raisons d'équité mais pour l'efficacité de la répartition, des problèmes peuvent alors surgir si la réglementation des actes de procédure a tendance à attacher une importance excessive à la résolution du conflit. Le modèle de la résolution des conflits nécessite un demandeur clairement défini et suffisamment lésé pour vouloir intenter une action. Il existe cependant de nombreux cas, particulièrement dans le domaine de la protection du consommateur, où l'attitude du défendeur peut léser beaucoup de personnes mais très peu chacune d'entre elles et pas suffisamment pour justifier qu'un demandeur soit prêt à encourir les frais d'une action en temps, énergie et financement. Même si le coût total

des dommages est élevé et que les revendications du public s'accroissent, les frais des torts causés ne seront pas, en l'absence d'action administrative, imposés au défendeur. De plus, si un demandeur désire intenter une action pour récupérer des dommages-intérêts, ce montant sera minime par rapport à l'ensemble des dommages causés et n'exercera aucun effet préventif sur le défendeur. Bref, la mauvaise répartition des ressources due au détournement des coûts privés et sociaux se perpétuera.

Pour résoudre ce problème, on pourrait suggérer d'accorder, particulièrement aux consommateurs, un moyen de recours qui permette de classer les actions plus facilement. Cependant, le problème de la motivation demeure. S'il n'existe pas une catégorie de demandeurs identifiables et clairement définis, alors i) qui intentera l'action et ii) comment seront payés les dommages-intérêts nets (déduction faite des coûts). On peut évidemment faire face au premier problème en accordant une gratification éventuelle pour inciter le conseiller juridique à intenter une action. Dans le contexte du modèle de la résolution des conflits, cette tactique représente un anathème. Quant au second problème, il importe vraiment peu, dans le contexte du modèle du contrôle du comportement, de savoir ce qu'il advient des résidus de la récompense après paiement du conseiller juridique et des demandeurs identifiables le cas advenant qu'ils se présentent⁵. En fait, l'important est que les coûts des torts incombent totalement au défendeur, même si cela nécessite l'enrichissement du conseiller juridique.

5. Voir Daar c. Yellow Cab Co., 67 Cal. 2^e 695, 433 P. 2^e 732, 63 Cal. Rptr. 724 (1967)

CHAPITRE III

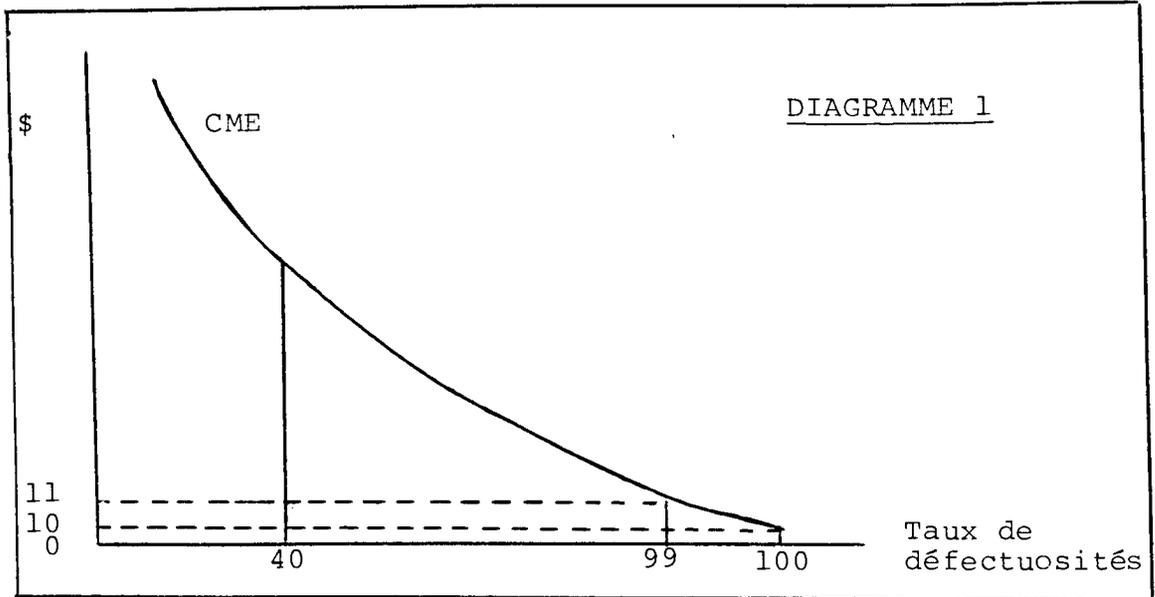
PROBLÈMES DES CONSOMMATEURS - DÉFECTUOSITÉS ET MOYENS DE RECOURS

Le consommateur peut s'attendre à de nombreuses embûches, y compris la fraude, la fausse déclaration, le danger et les produits défectueux. Dans les pages qui suivent, nous ne parlerons que des produits défectueux, c'est-à-dire d'une manière générale, les produits qui ne répondent pas aux attentes raisonnables du consommateur. L'analyse, particulièrement celle qui a trait à la disponibilité des moyens de recours, peut s'adapter sans difficulté aux autres revendications du consommateur.

1. Taux optimal de défectuosités

a) Coût marginal d'élimination des défectuosités

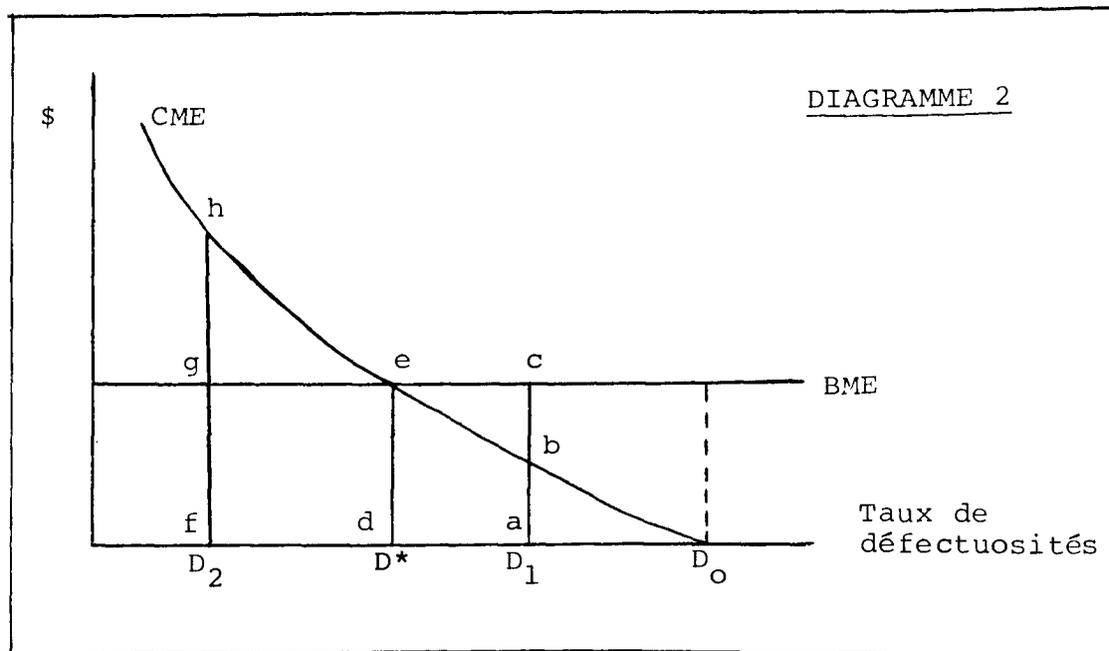
Aucune méthode de production n'est infaillible: l'erreur qu'elle soit humaine ou mécanique, est omniprésente. Le taux d'erreurs, ou ce qui nous intéresse davantage ici, le taux selon lequel les produits défectueux entrent dans le flux des ventes, est cependant sujet à contrôle. On peut consacrer plus ou moins de ressources à la détection et à l'élimination des défectuosités mais il est évident que la baisse du taux de produits défectueux coûte cher. De plus, on peut sans crainte émettre l'hypothèse que la réduction progressive du taux de défectuosités coûtera marginalement de plus en plus cher. Pour réduire, par exemple, le taux de gadgets défectueux, disons de 100 à 99 par jour, cela peut ne demander qu'une simple vérification visuelle d'un gadget sur dix. Pour réduire davantage le taux de 99 à 98 gadgets défectueux, cela peut ne demander qu'une simple vérification visuelle d'un gadget sur cinq et ainsi de suite. Aux plus bas niveaux de défectuosités, il peut être nécessaire de concevoir de nouvelles méthodes de production et de modifier les limites de tolérance pour n'obtenir qu'une très légère réduction du taux de défectuosités. Finalement, il n'est pas irréaliste de suggérer qu'il est impossible en fin de compte de réduire le taux de défectuosités de un à zéro (ou en d'autres termes, qu'une dépense infinie de ressources serait nécessaire pour obtenir une méthode de production entièrement dépourvue de défectuosités). On peut résumer ceci en disant qu'un producteur fait face à un coût marginal d'élimination (CME) de défectuosités croissant comme le montre le diagramme I.



La courbe CME est dessinée arbitrairement pour montrer que si on ne consacre absolument aucune attention (lire ressources) à la détection de défectuosités, elles surviendront au taux de 100 par période. Pour éliminer la centième défectuosité, c'est-à-dire pour réduire le taux de défectuosités à 99, une dépense de \$10 est nécessaire. Pour ensuite éliminer la 99^{ième} défectuosité, il faudra dépenser à nouveau \$11, soit une dépense totale de \$21 nécessaire pour réduire le taux de défectuosités à 98 et ainsi de suite. Le coût d'élimination d'une défectuosité marginale par période est toujours plus élevé que le coût d'élimination de la défectuosité précédente par période et le coût total d'élimination des défectuosités éliminées jusque-là est la somme de chacun des coûts marginaux d'élimination. La dépense totale d'élimination des défectuosités se traduit sur le diagramme par la surface située en dessous de la courbe CME et à droite du taux actuel de défectuosités. Si on élimine par exemple 60 défectuosités par période, réduisant ainsi le taux de défectuosités à 40 par période, le coût total d'élimination des 60 défectuosités est la surface située en-dessous de la courbe CME à droite de la verticale à 40.

b) Le bénéfice marginal d'élimination des défauts (BME)

Quelles sont les raisons qui font qu'un producteur désire développer les ressources permettant de réduire le taux de défauts? La réponse à cette question est évidemment qu'il doit y avoir certains profits à retirer de ces dépenses. Le bénéfice marginal réel qu'on peut retirer de l'élimination successive des défauts dépendra de nombreux facteurs dont la structure du marché et les règles juridiques de responsabilité. Supposons pour l'instant aux fins de l'exemple que le bénéfice d'élimination de chaque défaut est constant, comme l'illustre la courbe BME dans le diagramme. Le bénéfice total sera égal à la somme des bénéfices de chaque défaut éliminé et sera la surface située en dessous de la courbe BME et à droite du taux de défauts restant. Le bénéfice supplémentaire réalisé par l'élimination de la seconde défaut D_2 est donc fg et le bénéfice total de réduction du taux de défauts de D_0 à D_2 est gf fois $D_0 - D_2$.



c) Taux de défauts optimal

Le producteur a intérêt à éliminer une défauts si le coût d'élimination de cette défauts est moindre que le bénéfice réalisé par l'élimination de cette défauts. De même, le producteur a intérêt à laisser passer une défauts marginale par période si son coût d'élimination est plus élevé que le bénéfice marginal d'élimination. D'après le diagramme 3, le taux de défauts optimal sera D^* . Le coût de prévention totale sera la surface D^*eD_0 et il sera moindre que le bénéfice réalisé en éliminant les défauts $D_0 - D^*$, ce bénéfice étant D^* fois $D_0 - D^*$. Le taux d'équilibre de défauts se situera nettement là où le coût marginal et le bénéfice du producteur s'égaliseront.

d) Taux de défauts optimal sous des règles différentes de responsabilité: le théorème de Coase

Dans un article pionnier publié en 1960¹, Ronald Coase mit sur pied une proposition qui est connue sous le nom de théorème de Coase. En termes simples, le théorème énonce que s'il n'y a pas de coûts de transaction entre les parties engagées dans une activité réciproque (soit une activité où le comportement d'une partie entraîne des conséquences, bonnes ou mauvaises pour l'autre), l'assignation juridique de responsabilité (ou bénéfice) n'aura alors aucune influence sur la répartition des ressources, c'est-à-dire sur le niveau de l'activité.

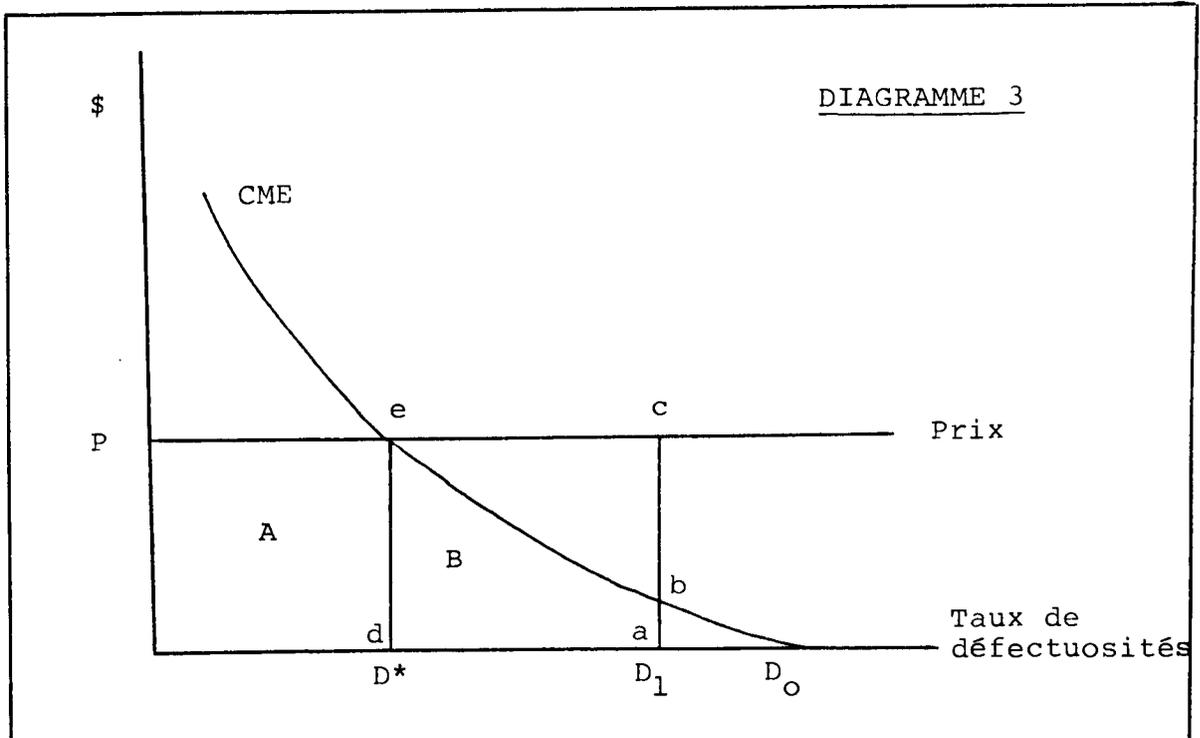
On peut faire l'application du théorème dans un exemple simplifié impliquant un producteur et des consommateurs de produits défectueux en puissance. Mais il faut d'abord faire quelques suppositions de simplification au départ, dont la plus sérieuse est de supposer qu'il n'existe pas de coûts de transaction entre les consommateurs et les producteurs. En fait, cela veut dire que les consommateurs en tant que groupe peuvent d'une seule voix traiter gratuitement avec les producteurs et vice versa. Nous supposons également pour cet exemple qu'un produit défectueux ne peut pas être réparé et que le coût pour celui qui le débourse est le prix du remplacement du produit. Un produit

1. R. Coase, "The Problem of Social Cost", Journal of Law & Economics (3:1960), p. 1.

défectueux n'est alors rien d'autre qu'une pacotille sans valeur dans les mains de la partie qui en fait l'acquisition après que l'échange a été complété. Enfin, nous supposons que les consommateurs et les producteurs sont pleinement renseignés sur les taux de défauts mais pas naturellement sur les articles en particulier qui sortiraient défectueux.

Examinons tout d'abord le cas où les consommateurs qui ont acheté des produits défectueux (maintenant des pacotilles) n'ont aucun recours en justice. En d'autres termes, les consommateurs font face à la responsabilité des produits défectueux: caveat emptor. Le consommateur a payé le plein prix d'un produit défectueux et n'a en fait rien reçu. Le plein prix est retenu par le producteur qui ne fournit aucun recours interne.

Les consommateurs ne sont cependant pas impuissants. Examinons la situation illustrée dans le diagramme 3. En l'absence de tout autre considération, le taux de défauts serait de D_0 . Cependant, pour un paiement minime des consommateurs au producteur, le producteur devrait accepter, si cela porte le bénéfice au maximum, de réduire le taux de défauts à $D_0 - 1$.



Le paiement n'a besoin d'être que légèrement plus élevé que le coût marginal d'élimination de la D_0^e défektivité du producteur. Le bénéfice réalisé par les consommateurs sera le plein prix du produit (perdu autrement) moins le paiement minime versé au producteur. Tant que le CME est moins élevé que le prix du produit, les consommateurs et le producteur ont intérêt à ce que les consommateurs versent au producteur une somme légèrement plus élevée que le CME du producteur pour que le producteur puisse éliminer ce produit défectueux marginal. Si par exemple, le taux de défektivités est D_1 , et que les consommateurs ne font rien, ils perdront sur chaque produit défectueux et leur perte totale sera alors ac fois D_1 . Cependant, en offrant au producteur un montant légèrement supérieur à ab , ils peuvent persuader le producteur de réduire le taux de défektivités à $D_1 - 1$. En éliminant la D_1^e défektivité, ils économisent donc $ac-ab$ ou bc . De cette manière, les consommateurs peuvent persuader le producteur de réduire le taux de défektivités à D^* . Les consommateurs n'ont pas intérêt à essayer d'acheter une nouvelle réduction du taux de défektivités au-dessous de D^* , étant donné que le paiement nécessaire, c'est-à-dire une somme légèrement supérieure au CME du producteur, serait plus élevé que la perte que subirait le consommateur. D^* devient donc le taux de défektivités d'équilibre et la droite de prix devient en réalité la courbe BME du producteur, étant donné qu'elle reflète le paiement versé par les consommateurs et auquel le producteur renonce s'il choisit de permettre la défektivité marginale.

Il faut noter ici que dans le contexte de cet exemple, tous les consommateurs ont intérêt à payer les producteurs pour qu'ils réduisent le taux de défektivités à D^* avant tout achat. Après l'achat, cependant, une fois que le consommateur est pris avec un produit défectueux, aucun paiement au producteur ne peut éviter ou réduire cette perte en particulier.

On peut noter enfin le coût total des produits défectueux pour la société. Comme nous l'avons mentionné plus haut, ce coût est constitué de deux parties: tout d'abord, le coût provenant du taux réel de défektivités et le coût des mesures prises pour prévenir de nouvelles défektivités par période. Dans ce cas-ci, le coût des défektivités réalisé sera P fois D^* ou la surface du rectangle A et le coût de prévention sera la zone située sous la courbe CME

désignée par B ou de D_0 . Si les consommateurs n'ont pas de recours, ils supportent alors seuls le coût social total $A + B$.

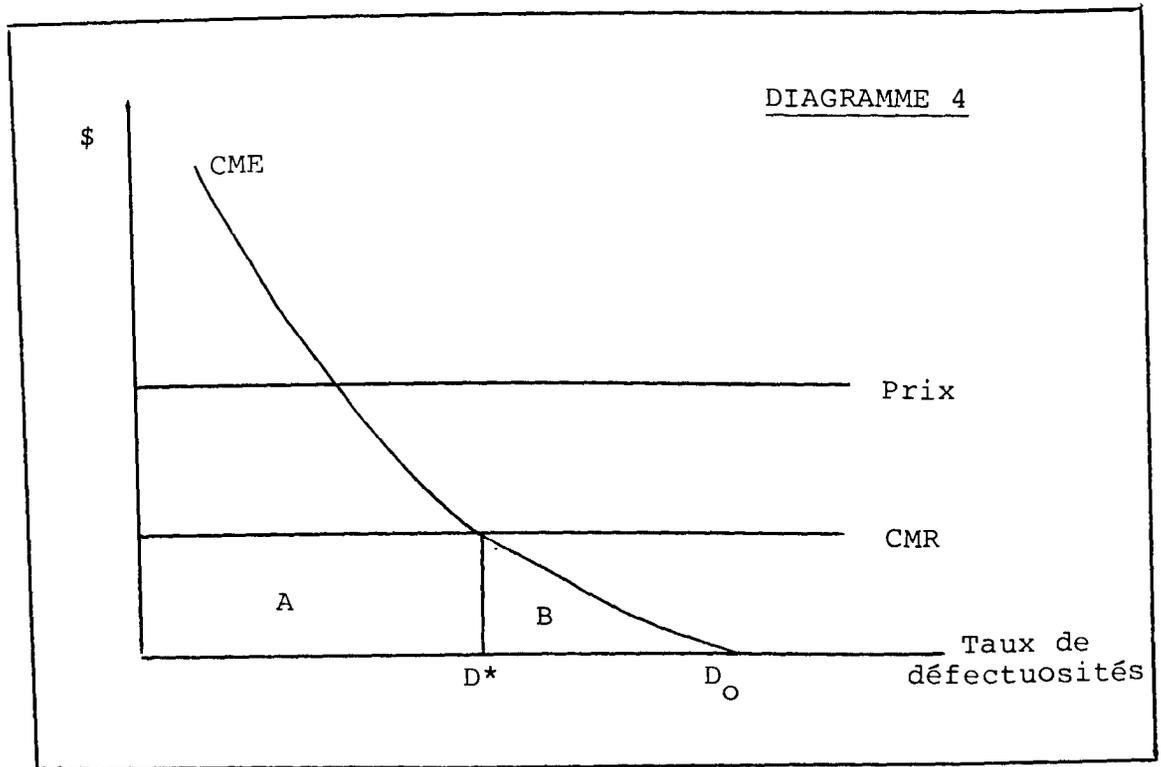
Considérons maintenant une inversion totale de la règle de responsabilité. Le consommateur a maintenant le droit de retourner le produit défectueux contre un remboursement complet du prix d'achat par le producteur. On suppose de plus que ce droit juridique est applicable sans frais. Comme précédemment, un produit défectueux est sans valeur dans les mains de celui à qui il échoit. Le taux de défectuosité d'équilibre sera D^* dans ce cas-ci également. Pour chaque produit défectueux, le producteur perdra le coût total de production y compris le profit, c'est-à-dire que le producteur perdra le prix du produit pour chaque produit défectueux. La droite du prix devient cette fois encore la ligne reflétant le bénéfice marginal d'élimination successive des produits défectueux par période. Le producteur réduira le taux de défectuosités tant que la défectuosité marginale éliminée coûtera moins à éliminer que le bénéfice réalisé par son élimination. Au point D^* , on sera tenté de ne pas développer et de ne pas réduire le taux de défectuosités. Comme précédemment, le coût social total des produits défectueux sera $A + B$, seulement dans ce cas-ci le coût sera entièrement supporté par le producteur.

La conclusion du théorème de Coase qui établit que l'assignation de la responsabilité ne dépend pas de l'utilisation des ressources en l'absence de coûts de transaction est donc confirmée dans le cas du produit défectueux, le taux de défectuosités et le coût social total des défectuosités étant le même que ce soit le producteur ou le consommateur qui en supporte le coût. Il est également évident qu'en l'absence de coûts de transaction, il ne peut y avoir d'extériorité, c'est-à-dire de coût ou de bénéfice engendré mais non envisagé par le producteur. Même si dans le cas de la responsabilité complète du consommateur, le consommateur paie seul l'élimination des défectuosités jusqu'au point D^* , le producteur doit toujours faire face à son propre coût d'élimination, étant donné qu'il représente son coût d'opportunité d'élimination des défectuosités. Il doit également faire face à la droite de prix qui, aux environs de D^* , représente le coût d'opportunité du producteur d'avoir à éliminer une défectuosité. En conclusion, quelle que soit la règle de la responsabilité, tous les coûts et bénéfices dans cet exemple sont intégrés à la transaction,

garantissant ainsi que la quantité de ressources socialement optimale sera consacrée à la prévention des défauts.

e) Défectuosités réparables

On ne change pas vraiment l'analyse si on laisse tomber la supposition qu'une défaut ne peut être réparé. On peut faire remarquer au départ que les producteurs comme les consommateurs sont capables d'effectuer les réparations à un produit défectueux. Quant à savoir celui qui est capable de le réparer au moindre coût, cela variera selon le produit et la nature de la défaut. Si nos autres suppositions sont maintenues constantes, alors seuls les plus bas coûts de réparation sont applicables. Dans ce qui suit, nous supposons simplement que le producteur est le réparateur le plus en mesure de réparer le produit au plus bas prix et que le coût marginal de la réparation (CMR) est constant comme dans le diagramme 4.



Nous avons encore une fois deux règles possibles de responsabilité: la responsabilité du producteur selon laquelle le producteur est obligé de réparer ou remplacer le produit² et la responsabilité du consommateur selon laquelle le producteur n'a aucune obligation libre ni juridique de réparer les torts causés.

Si le producteur est responsable, il aura intérêt à réduire le taux de défauts de D_0 à D^* car c'est ce qui lui revient le moins cher. Il prendra alors à sa charge la réparation des produits défectueux D^* restants. Le coût social total des produits défectueux sera le coût de réparation sur les défauts D^* , soit le rectangle A, et le coût d'élimination des défauts $D_0 - D^*$, soit la surface située sous la courbe CME désignée par B. Dans ce cas, A + B échoit entièrement au producteur. D^* est le taux de défauts optimal et aussi d'équilibre car il représente les plus bas coûts sociaux de défauts.

Le taux de défauts sera toujours D^* si nous inversons la règle de responsabilité pour les consommateurs sans recours en justice. Les consommateurs paieront les producteurs légèrement plus que le CME des producteurs pour réduire les défauts à D^* et par la suite paieront les producteurs pour réparer les produits défectueux D^* à un coût légèrement supérieur au CMR des producteurs. Le coût social total des défauts sera encore A + B maintenant entièrement supporté par les consommateurs et cela représente, comme précédemment, le plus faible coût social possible.

On peut remarquer que le taux de défauts optimal et d'équilibre sera plus élevé lorsque les réparations sont possibles (quel que soit le réparateur le plus avantageux) que lorsqu'elles ne le sont pas. D'après le diagramme précédent, si les réparations n'avaient pas été possibles, le taux de défauts aurait été déterminé par l'intersection de la droite du prix avec la courbe CME et on aurait obtenu un taux de

-
2. Si on ne peut distinguer un produit réparé d'un produit non défectueux au départ, on suppose alors que ni le consommateur ni le producteur n'auront de préférence entre la réparation et le remplacement du produit.

défectuosités plus bas que D^* . On peut expliquer ce plus haut taux de défauts quand les défauts peuvent être réparés par un coût moindre que leur coût de production, par le fait qu'un produit défectueux réparable représente des coûts sociaux moindres qu'un produit non réparable et plus le coût de réparation est bas, moins la société se préoccupera des défauts. De cette façon, si un produit défectueux peut être réparé par un consommateur simplement en ajustant un écrou ou un boulon par exemple, alors cela ne dérangera vraiment ni le producteur ni le consommateur et le taux de défauts optimal sera proche de D_0 d'après le diagramme 4.

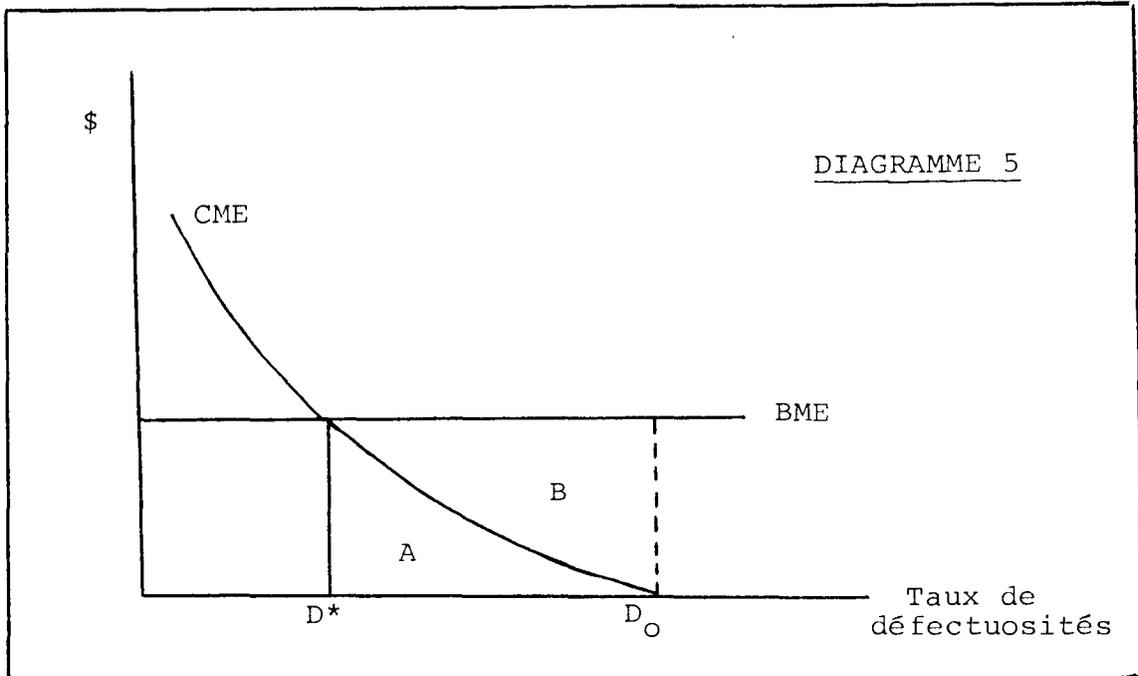
f) Conséquences sur la répartition

Même si jusqu'ici D^* ne variera sans doute pas selon nos suppositions, quelle que soit la règle de responsabilité choisie, il est clair par contre que cela modifiera les conséquences sur la répartition: les producteurs paieront $A + B$ lorsqu'ils sont responsables et les consommateurs le paieront lorsqu'ils sont responsables. On parlera peu à ce stade-ci du choix équitable en ce qui concerne le déboursement des frais. Il faut cependant garder à l'esprit que l'image de négligence ou de manque de conscience professionnelle que se fait un profane d'un produit défectueux n'apporte pas beaucoup d'indication sur la répartition des coûts. Les produits défectueux représentent un sous-produit nécessaire dans une méthode de production normale. On ne peut en réduire leur nombre que par une nouvelle dépense de ressources.

g) Coûts de transaction

Dans un monde sans heurt, la règle de responsabilité n'a pas de raison d'être. Mais lorsqu'il existe des coûts de transaction, suffisamment élevés pour empêcher les négociations libres entre consommateurs et producteurs, le choix de la règle de responsabilité aura une influence déterminante sur la répartition des ressources destinées à prévenir les défauts.

Examinons d'abord la situation sans possibilité de réparation des produits. Si le producteur d'un produit défectueux est entièrement responsable, et si par "responsabilité", nous voulons dire que la règle est applicable sans frais, le taux de défauts d'équilibre est D^* comme le montre le diagramme 5.



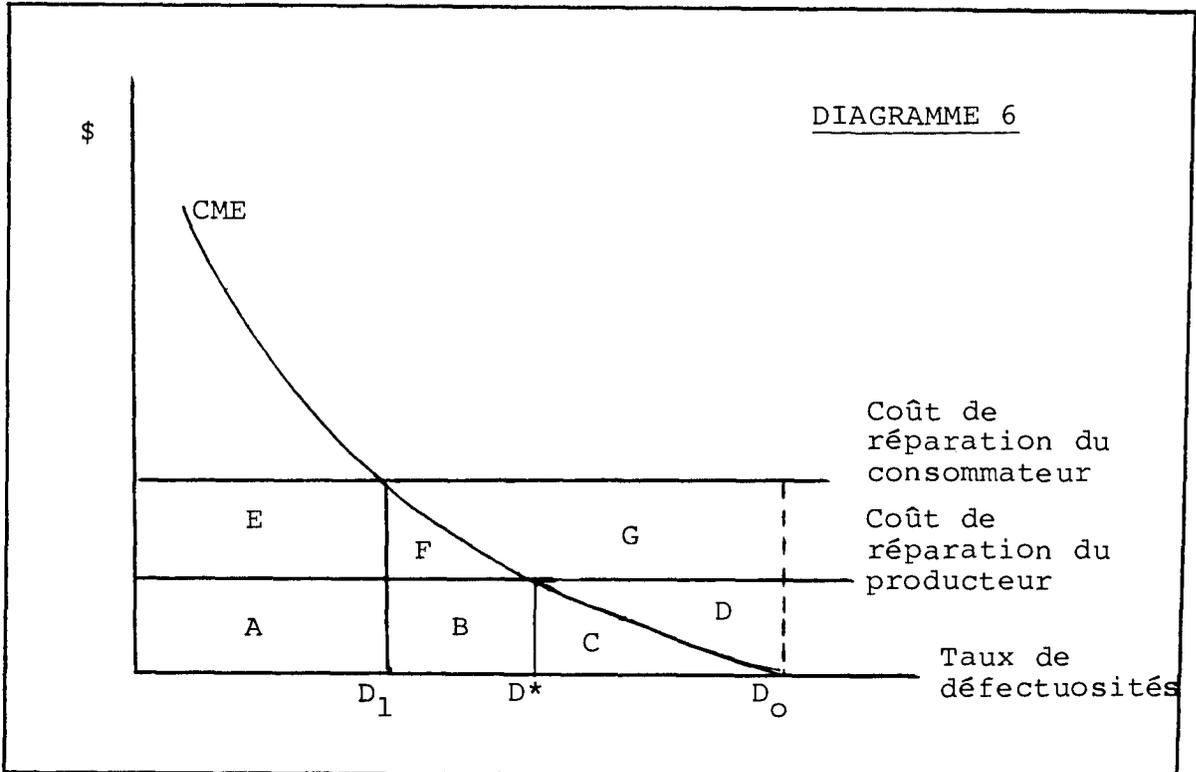
Le taux de défauts est alors le même que dans le cas où il n'y a pas de coûts de transaction. Si c'est au contraire, le consommateur qui est responsable et que les coûts de transaction sont prohibitifs, le producteur n'a alors aucun intérêt à prendre des mesures préventives et le taux de défauts sera D_0 , soit beaucoup plus que le taux optimal. La perte sociale nette du taux de défauts D_0 au lieu de D^* sera les bénéfices abandonnés en fonctionnant à D_0 plutôt qu'à D^* , c'est-à-dire la région A + B moins les coûts de prévention non encourus en fonctionnant à D_0 plutôt qu'à D^* , c'est-à-dire la surface A. La perte sociale nette est alors la surface B.

S'il n'y a pas de possibilité de réparation, on peut donc énoncer sans équivoque qu'en présence de coûts de transaction qui empêchent toute négociation entre producteurs et consommateurs, la seule règle de responsabilité qui donne le résultat social optimal est celle de la responsabilité du producteur. Il faut remarquer cependant l'importance de la supposition à savoir que la règle de la responsabilité est applicable sans frais. Si le consommateur a une possibilité de recours en justice gratuit, le producteur aura alors généralement intérêt à fournir ce recours directement. Si, malgré l'énoncé de la règle de responsabilité, les

coûts d'application de la responsabilité sont prohibitifs pour le consommateur, la règle devient alors effectivement une règle de responsabilité du consommateur avec les coûts sociaux qui s'ensuivent³.

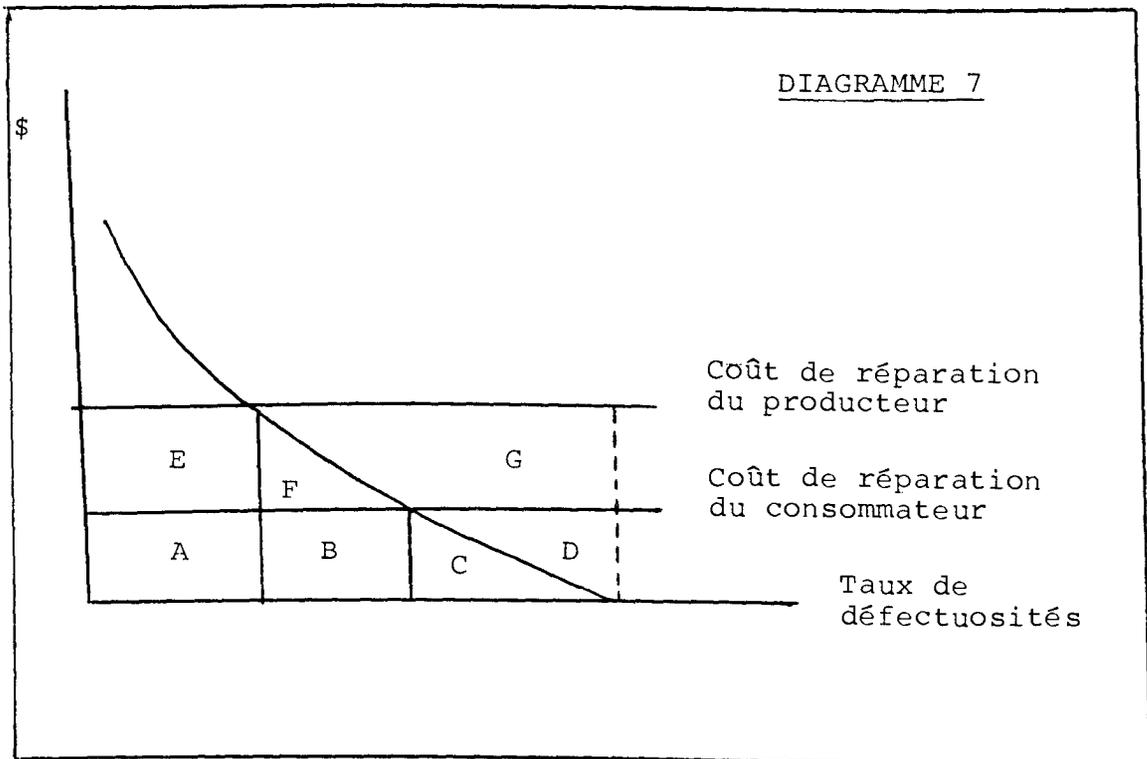
La situation est moins claire lorsque les producteurs et les consommateurs peuvent tous deux réparer les produits défectueux mais à des coûts différents. Le diagramme 6 illustre la situation où le producteur offre les plus bas coûts de réparation.

-
3. ... (le) fait que l'attention s'est surtout portée sur la création de nouvelles doctrines et de nouvelles lois, a eu tendance à affaiblir la nécessité d'un examen approfondi sur la pertinence des moyens grâce auxquels on peut appliquer ces nouveaux droits." T.L. Eovaldi and J.E. Gestrin, "Justice for Consumers: The Mechanisms of Redress", Northwestern Law Review (66:1971), p. 281. Eovaldi et Gestrin citent également Ralph Nader sur le danger de confondre les "élans verbaux et symboliques - comme les nouvelles lois sans pouvoir, car elles n'ont ni moyens financiers ni moyens d'application - avec le progrès réel" et Betty Furness, alors Adjointe spéciale auprès du Président de la Consommation sur les problèmes des étiquettes sans marque", p. 281, note 3. (traduction libre)



Si le producteur est tenu responsable, on aura alors un taux de défauts optimal D^* . Cependant, si le consommateur est responsable des défauts, et qu'il n'y a aucune possibilité de négociation, le producteur ne sera pas motivé pour éviter les défauts qui seront alors de l'ordre de D_0 et le consommateur sera responsable de D_0 fois les coûts de réparation par article. Selon le diagramme, les coûts sociaux supplémentaires encourus sont représentés par la surface $E + F + G + D$. Si nous permettons des négociations ex post entre le producteur et le consommateur, c'est-à-dire des négociations non pas sur la prévention mais sur celui qui doit payer et effectuer les réparations, les consommateurs seront alors capables de payer aux producteurs leurs plus bas coûts de réparation des produits défectueux. Cela n'aura aucune influence sur le taux de défauts non optimal D_0 mais cela abaissera le coût social excédentaire à la surface D . Nous pouvons alors encore une fois conclure avec certitude que lorsque les producteurs ont les plus bas coûts de réparation, seule la règle tenant les producteurs responsables des produits défectueux permettra d'obtenir, en présence de coûts de transaction prohibitifs, un taux de défauts optimal.

Si au contraire, ce sont les consommateurs qui ont les plus bas coûts de réparation, alors aucune des deux règles ne permettra d'atteindre le taux optimal de défauts, en présence de coûts de transaction prohibitifs, comme le démontre le diagramme 7.



D^* est le taux de défauts socialement optimal; c'est le taux qui minimise la somme des coûts de prévention et de réparation. Cependant, si les producteurs sont responsables, leur taux de défauts optimal sera D_1 , étant donné qu'au delà de D_1 , cela revient moins cher d'éliminer les défauts et en-dessous de D_1 , cela revient moins cher de les réparer. Un taux de défauts de D_1 représente un excédent des coûts sociaux par rapport à D^* égal à un montant désigné par la surface E + F.

Cependant, si on modifie la supposition des coûts de transaction pour permettre aux producteurs de payer les consommateurs ex post afin qu'ils puissent réparer les produits, on peut alors obtenir D^* car cela revient moins cher d'éliminer les défauts $D_0 - D^*$ que

de les réparer et moins cher également de payer les consommateurs pour réparer les défauts D^* restantes que de les éliminer.

Si les consommateurs sont responsables des défauts, étant donné la structure des coûts, les producteurs n'auront pas de motif pour réduire les défauts; le taux de défauts, sera D_0 et les consommateurs dépenseront $A + B + C + D$ pour les réparations, montant plus élevé de la surface D que s'ils pouvaient payer, sans coûts de transaction, un montant égal à la surface C pour persuader les producteurs de limiter le taux de défauts à D^* .

Le choix de la règle de responsabilité semble clairement en faveur de tenir les producteurs responsables tout au long. On ne peut discuter le cas à savoir si le dédommagement doit se faire en retournant ou en remplaçant le produit. Lorsque le dédommagement adéquat (en termes d'utilisation des ressources) est de réparer le produit, si le producteur offre les plus bas coûts de réparation, la responsabilité du producteur donnera toujours la prévention optimum de défauts. Même si les consommateurs offrent des coûts de réparation plus bas que les producteurs, il y a plus de chances pour que ce soit les producteurs qui soient tenus responsables, étant donné la facilité avec laquelle les producteurs peuvent faire leurs paiements ex post aux consommateurs pour atteindre le taux de prévention optimal de défauts.

h) Coûts en temps et en souci

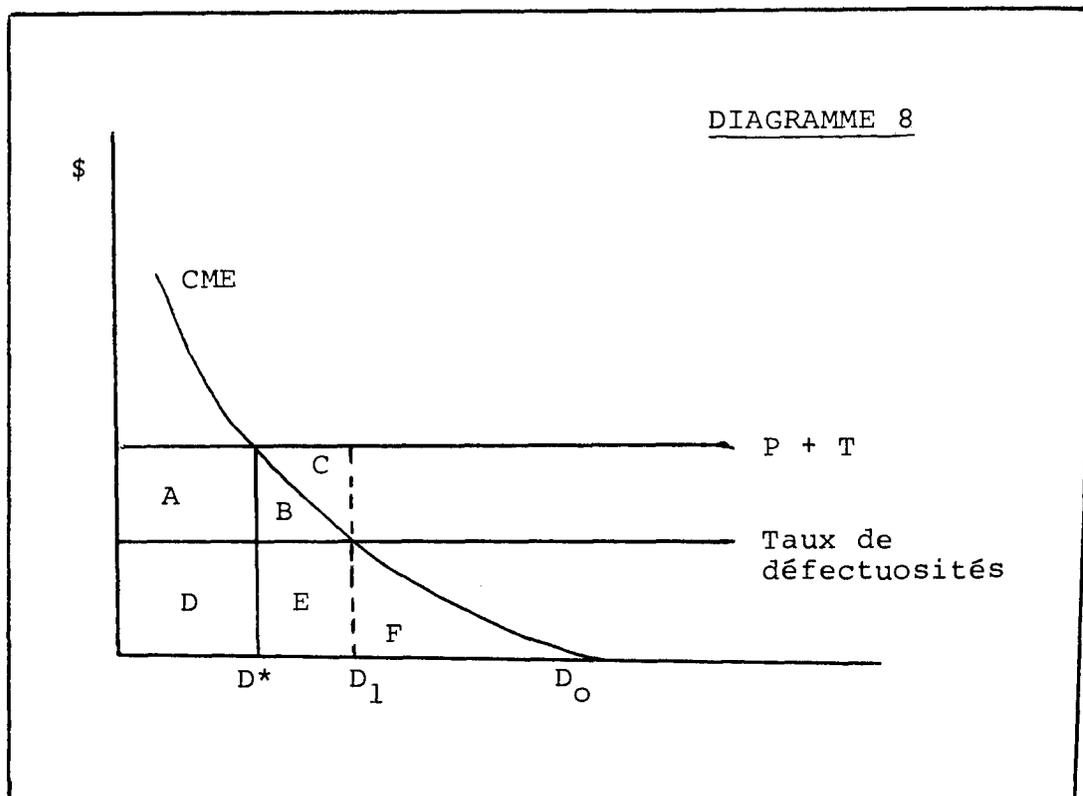
Nous avons présumé jusqu'ici que le coût social d'un produit défectueux est soit le prix payé pour le produit s'il n'est pas réparable soit les coûts de réparation, si ce dernier montant est le moins élevé. Cependant, ces coûts seront presque certainement sous-évalués par rapport au coût réel et si la règle de responsabilité ne tient le producteur responsable que du prix du produit ou du coût de la réparation, le taux de défauts deviendra plus élevé que le taux optimal. En d'autres termes, le producteur n'aura pas à faire face au coût social total de ses actes.

Au départ, le coût total du produit est pour le consommateur le prix payé en argent plus le coût d'opportunité impliqué dans la recherche, la comparaison des produits, la collecte de renseignements etc. Cependant l'information obtenue par cette dépense de ressources ne devient pas sans utilité lorsqu'on

s'aperçoit que le produit est défectueux. Même si le consommateur n'a plus entre les mains qu'une pacotille, sa documentation a par contre toujours autant de valeur sinon plus qu'avant ⁴. S'il est dédommagé par le remboursement du prix d'achat ou par un nouveau produit ou la réparation du produit, il n'aura plus besoin de déboursier les frais d'information. Il n'y a donc pas de raison de dédommager le récipiendaire d'un produit défectueux pour ses frais de recherche de documentation.

Les coûts encourus "en temps et en souci" après avoir découvert que le produit était défectueux sont par contre plus ennuyeux. La question à se poser est jusqu'à quel point le dédommagement obtenu par le consommateur le rembourse vraiment pour le temps et l'énergie qu'il a investis dans les différentes procédures pour obtenir gain de cause, comme par exemple les appels téléphoniques, les visites au magasin, les négociations, les inquiétudes etc., car, le degré ou la courbe montrant le bénéfice marginal d'élimination des défauts auxquelles fait face le producteur se situera en dessous de sa valeur sociale. En d'autres termes, le bénéfice marginal privé réalisé en éliminant une défectuosité sera au-dessous du bénéfice marginal social. On peut le voir au diagramme 8 où la droite des prix reflète le paiement au consommateur soit sous la forme d'un remboursement du prix d'achat soit en remplaçant le produit et la droite $P + T$ est le prix plus les coûts d'opportunité en temps et en souci après l'achat du produit.

4. Le fait de recevoir un produit défectueux peut alimenter sa documentation sur les produits défectueux. Si c'est le cas, il faut déduire la valeur de la documentation ainsi reçue de son indemnité.



Le taux de défauts socialement optimal est au point D^* . On peut le voir en considérant, sous la règle de la pleine responsabilité du consommateur sans coûts de transaction, jusqu'à quel point les consommateurs accepteront de payer le producteur pour réduire les défauts. Dans ce cas, les consommateurs ont intérêt à payer le coût marginal d'élimination des défauts du producteur tant que CME est plus bas que le coût du produit défectueux pour le consommateur. Cela donne le taux de défauts D^* . Cependant, si le dédommagement au consommateur n'est que le remboursement du prix d'achat ou le remplacement du produit, on obtiendra alors un taux de défauts D_1 , le consommateur sera responsable d'un montant égal à la surface $A + B + C$ et le total des ressources utilisées par les consommateurs et les producteurs sera plus grand de l'équivalence de la surface C qu'au taux D^* . Si le produit est réparable, le taux de défauts optimal sera alors déterminé par l'intersection du CME du producteur et de la courbe reflétant la somme des coûts de réparation plus les coûts en temps et en souci.

2. Accès aux moyens de recours

La règle de la responsabilité du producteur quant aux produits défectueux n'est valable que suivant la possibilité qu'a le consommateur de la faire appliquer. Dans le cas extrême où il n'a aucune possibilité, la règle se transforme en fait en règle de pleine responsabilité du consommateur et ceci, joint aux coûts prohibitifs de transaction relatifs aux négociations ex ante entre consommateurs et producteurs, entraîne des dépenses inadéquates des producteurs dans le domaine de la prévention des défauts et un taux de défauts plus élevé que le taux optimal. (Nous présumons désormais que les négociations au sujet du taux de défauts entraînent des coûts de transaction prohibitifs). On serait tenté de penser qu'aucune règle juridique de responsabilité ne peut exister sans la présence de moyens de pression. Or il suffit de considérer la règle juridique de la responsabilité du consommateur pour voir que ce serait une erreur de penser ainsi. Si on suppose que le consommateur paye le produit avant de l'avoir en sa possession, aucun moyen de pression n'est alors nécessaire.

a) Coût de l'accès aux moyens de recours

Nous considérons le coût d'utilisation de la procédure comme le seul élément qui empêche l'accès aux moyens permettant de faire appliquer la règle de la responsabilité. Le mot "coût" englobe tous les coûts encourus, monétaires ou non, par le ramassage d'information sur la procédure permettant d'appliquer la règle et sur les formalités, la recherche de personnes compétentes, les honoraires à payer, la compilation de la documentation sur le cas, la comparution devant le tribunal ou autre organisme, l'application du jugement et ainsi de suite. Les coûts comprennent également toutes les entraves psychologiques auxquelles le consommateur fait face au cours de la procédure, comme les problèmes de communication lorsqu'il fait affaire avec le personnel de la bureaucratie juridique, la crainte ou le manque de confiance face à l'autorité et ainsi de suite. Ils comprennent enfin l'incertitude associée au verdict judiciaire ou autre⁵.

5. Le chapitre suivant traitera plus à fond des conséquences de l'incertitude du résultat quant à la décision judiciaire.

On peut intégrer, au moins en théorie, la plupart de ces coûts s'ils ne sont pas explicitement pécuniaires. C'est le cas par exemple de l'investissement en temps mais les obstacles psychologiques sont plus discutables. On peut toutefois considérer ces obstacles qualitativement en ce sens qu'on peut considérer une croissance de la complexité de la procédure ou de la difficulté de communication comme une augmentation des coûts (même si l'investissement en temps reste inchangé) ou encore le fait de traduire en langage ordinaire la terminologie juridique de la clause d'un document du tribunal comme une baisse des coûts et ainsi de suite.

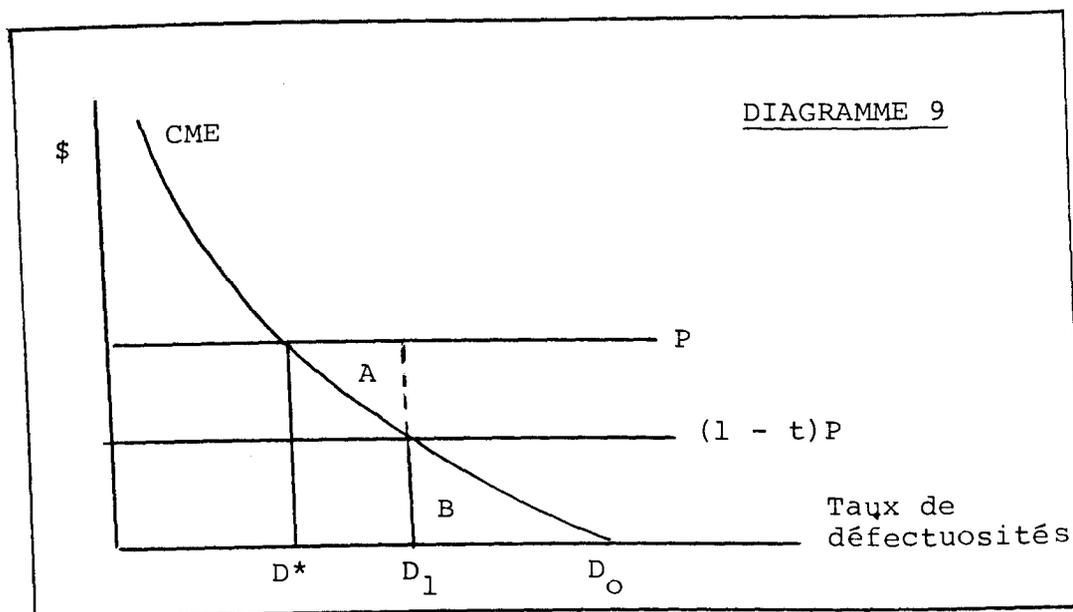
b) Demande de recours en justice

Le fait qu'une catégorie de demandeurs, les consommateurs, n'ont pas recours aux procédures judiciaires n'implique pas forcément que cette catégorie est en fait exclue de ces procédures. Si les règlements juridiques étaient suffisamment clairs dans leur contenu intrinsèque comme dans leur application des différents litiges, on n'aurait alors pas besoin de faire appel à cette procédure surtout si le coût d'accès à la procédure était nul. Aucun producteur ne refuserait un recours libre au consommateur s'il était évident que a) la règle de responsabilité favorisait nettement le consommateur et b) que le consommateur pouvait faire appliquer la règle sans frais. Dans un cas comme celui-ci, le nombre de litiges résolus judiciairement n'apporte aucune indication sur l'accessibilité des recours en justice.

Par contre la situation change si l'usage des recours en justice entraîne des coûts non dédommagés. Ces coûts représentent nettement une entrave à l'usage de la procédure. Dans de nombreux cas litigieux impliquant des consommateurs, le coût total (pécuniaire et psychologique) de l'usage de la procédure sera beaucoup plus que contrebalancé par la valeur totale du grief, surtout pour les articles de peu de valeur. Ceci reste vrai même si le consommateur-plaideur est dédommagé d'une partie des coûts.

Du point de vue du producteur, les coûts des recours en justice qu'ont à supporter les consommateurs représentent une réduction du bénéfice marginal suite à l'élimination des défauts. Sachant qu'une proportion des consommateurs qui ont reçu des produits défectueux renonceront à un recours officiel, le producteur aura tendance, au moins temporairement, à

refuser et retarder d'une manière générale le recours libre. Si la proportion du nombre total des consommateurs qui se détournent en fin de compte du recours officiel et libre est t , le bénéfice marginal sera $1 - t$ fois ce qu'il aurait été autrement. Comme le montre le diagramme 9, P est la courbe du bénéfice marginal si toutes les défauts ont été dédommagés et la courbe $(1 - t)P$ est le bénéfice marginal réalisé par le producteur lorsque les consommateurs n'ont pas cherché de recours. La courbe du bénéfice marginal est en fait réduite pour les producteurs du fait que les consommateurs ne procèdent à aucune poursuite.



Subissant une courbe du bénéfice marginal moindre, les producteurs auront un taux de défauts plus élevé soit D_1 . Un recours fourni "librement" sera D_1 fois $(1 - t)P$ et les producteurs développeront des ressources pour éliminer les défauts équivalentes à la surface B . Les consommateurs qui ne sont pas intéressés à rechercher des moyens de recours supporteront le coût D_1 fois tP . Le coût social total sera la somme du coût du dédommagement supporté par les producteurs, le coût d'"absence de recours" supporté par les consommateurs et le coût des ressources consacrées à l'élimination des défauts. Le total de ces coûts est plus élevé que le total des coûts sociaux à D^* d'un montant indiqué par la surface A .

L'obstacle que représente le coût des moyens de recours entraîne non seulement des coûts sociaux plus élevés en raison d'un taux de défauts plus grand que le taux optimal mais aussi une conversion de la règle de responsabilité qui passe d'une pleine responsabilité du producteur à une responsabilité chargée en partie au producteur et en partie aux consommateurs et ce sont ces derniers qui subissent les coûts, financiers et psychologiques, les plus élevés.

c) Subventions pour frais de recours

Une subvention publique des frais judiciaires ne réduit pas intrinsèquement les coûts sociaux; elle les transfère simplement de certains consommateurs au public en général. Si cela était le seul résultat d'une subvention, on ne pourrait en évaluer ses bienfaits que dans le domaine politique. Mais naturellement, elle apporte d'autres résultats. Du point de vue du modèle du contrôle du comportement, la subvention aux institutions se justifie par ses effets préventifs; dans ce cas-ci, par la réduction des défauts à leur nombre optimal. En général, toute réduction des "coûts du système" implique une réduction de t , c'est-à-dire de la proportion des demandeurs qui ne donnent pas complètement suite à leurs recours soit par incapacité soit par manque de motivation. Une réduction de t implique une baisse du taux de défauts, soit une baisse des coûts sociaux et par conséquent une amélioration du bien-être économique de la société.

On peut remarquer que la subvention sera vraisemblablement plus appropriée pour les articles meilleur marché. Les frais de justice par unité de service sont absolus et non proportionnels (selon naturellement les différentes juridictions monétaires de la cour des petites créances, de la cour de comté et de la cour suprême). Etant donné la nature absolue des coûts, lorsque le consommateur touche une indemnisation pour des réclamations de grande valeur, la compensation a alors un plus faible pourcentage et les coûts représentent beaucoup moins un obstacle pour la poursuite en justice de ces réclamations. On peut alors s'attendre à ce que t , c'est-à-dire la proportion des consommateurs qui ne donnent pas suite à leur recours en justice pour une raison ou pour une autre, soit inversement proportionnel à la valeur du bien. Si par conséquent on subventionne les frais de justice pour tous les consommateurs, on subventionne en fait certains consommateurs qui auraient de toute façon

demandé un recours en justice. Du point de vue de la société, cet aspect de la subvention n'apporte aucun bénéfice étant donné que l'objectif social de la subvention est d'inciter les consommateurs qui n'auraient pas été tentés de le faire autrement à porter plainte.

On devrait opposer à la subvention générale d'autres subventions capables d'accomplir le même résultat. Une mesure de subvention qui vient tout de suite à l'esprit serait une subvention selon une échelle absolue inverse, le montant de la subvention déclinant en termes absolus avec l'accroissement de l'importance de la plainte. Enfin, une autre forme de subvention qui tiendrait davantage compte des coûts psychologiques associés au recours en justice serait d'imaginer des établissements de contentieux qui coûteraient moins cher à gérer et qui seraient spécifiquement destinés aux petites revendications des consommateurs.

d) L'objectif social d'un système de procédure

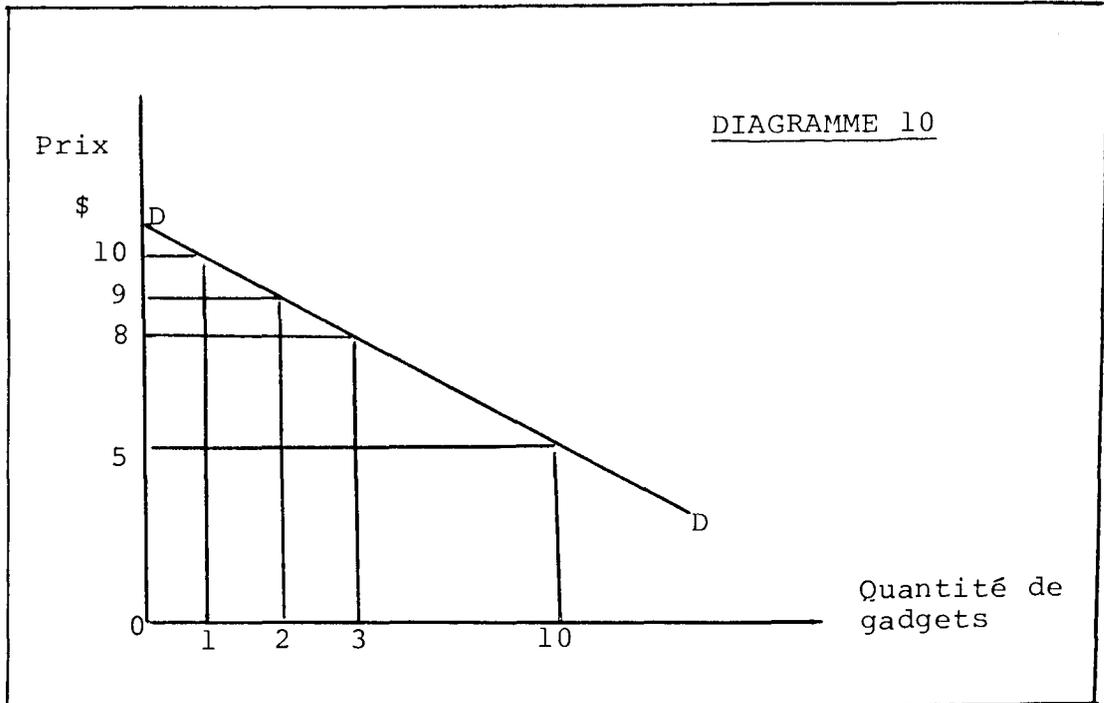
On a identifié trois sources de coûts réels: le gaspillage de ressources (ou coût de réparation) associé aux produits défectueux, le coût des ressources associé à la prévention des défauts et le coût des moyens de recours. Du point de vue économique, on peut énoncer que l'objectif d'un système de procédure est de maintenir au niveau le plus bas la somme de ces trois coûts.

3. Analyse du surplus du consommateur de la perte sociale

Jusqu'ici, le seul problème émanant des produits défectueux non dédommagés au consommateur a été le coût social du taux de défauts supérieur au taux optimal qui provient de l'écart entre la courbe du bénéfice marginal social et la courbe du bénéfice marginal privé auquel le producteur a à faire face. Rien n'a encore été dit sur l'importance de la perte subie par le consommateur et on en a peut-être retiré l'impression que ce coût était simplement le prix du produit multiplié par le nombre de produits défectueux dans le cas le plus simple des produits non réparables ou le prix de la réparation multiplié par le nombre de produits défectueux dans le cas de produits réparables. Cependant, si tel était le cas, la perte du consommateur serait alors sous-évaluée et pour illustrer cela, il est nécessaire de présenter le concept du surplus du consommateur.

a) Définition du surplus du consommateur

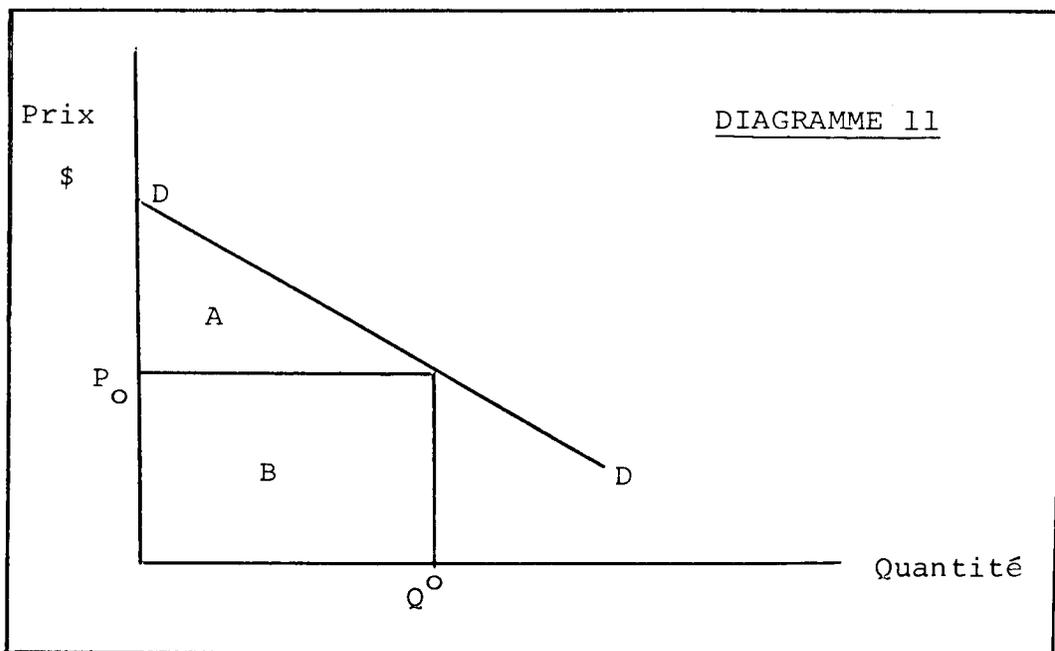
Considérons une courbe de demande normale descendante pour un produit (gadgets) représentée par la droite DD dans le diagramme 10.



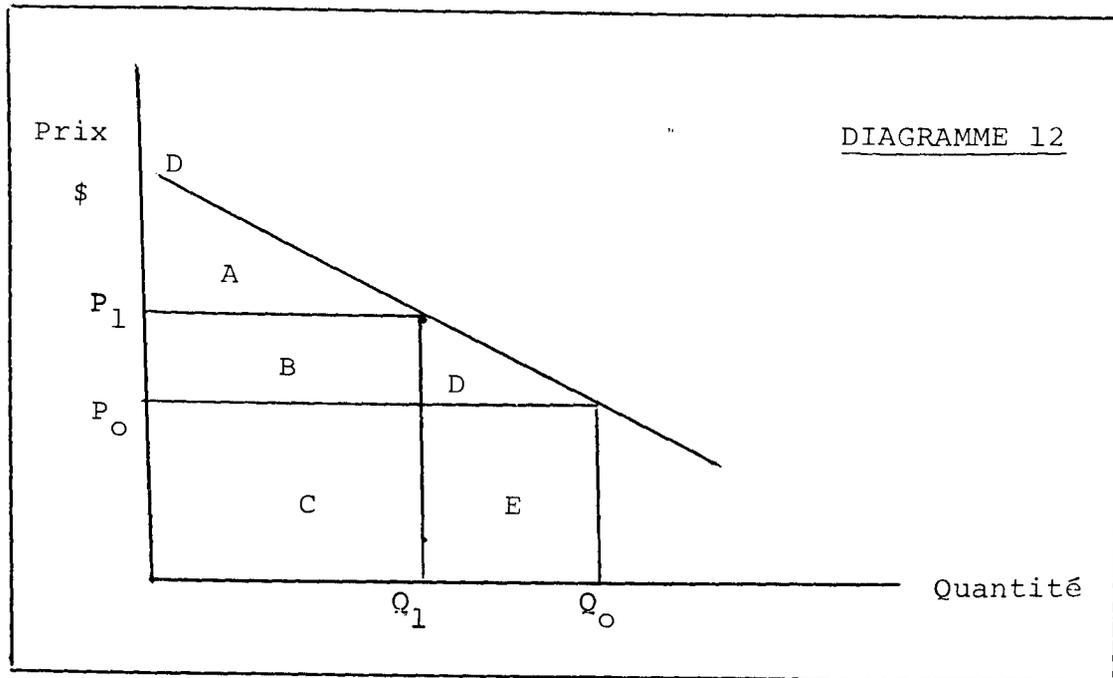
La courbe de demande indique la quantité demandée par la communauté à chaque prix possible du produit. En termes simples, la quantité demandée augmente au fur et à mesure que le prix baisse pour deux raisons: d'abord les acheteurs actuels ont tendance à acheter plus de produits et deuxièmement, les nouveaux acheteurs sont incités à acheter une unité supplémentaire du produit si l'utilité supplémentaire ou marginale provenant de la consommation du produit est plus élevée, même d'un montant infinitésimal, que l'utilité des dollars déboursés pour l'achat du produit. Si, comme on le suppose généralement, l'utilité marginale associée aux unités successives du bien consommé baisse, il faudra alors baisser le prix pour inciter à une plus grande consommation comme le montre le diagramme 10. Si le prix d'un gadget est \$10, la demande pour le gadget ne sera que d'une unité, car la valeur de l'utilité associée au tout premier gadget consommé est juste au-dessus de \$10. Pour tout prix au-dessus, la demande de gadgets sera nulle car la valeur des dollars qu'on devra déboursier sera plus élevée que la valeur de l'utilité à gagner.

Si le prix par gadget tombe à \$9, il est clair que cela vaut encore la peine d'acheter non seulement le premier gadget à chaque période, mais aussi un second gadget par période qui donnerait une utilité additionnelle juste au dessus de \$9. Dans ce cas, le consommateur dépensera une valeur totale de \$18 pour deux gadgets. Mais la valeur totale de l'utilité obtenue par la consommation de deux gadgets sera \$10 pour le premier et \$9 pour le second, soit un total de \$19 pour un surplus d'utilité acquis sur cette perte en déboursant \$1 de moins. Il faudra, de même, amener le prix à \$8 l'unité pour encourager le consommateur à acheter trois gadgets par période. La dépense totale sera de \$24 mais la valeur de l'utilité totale obtenue sera de \$27 ($10 + 9 + 8$) pour un excédent d'utilité de \$3 sur le coût. On appelle cet excédent "le surplus du consommateur". Il représente pour chaque article acheté, le surplus de la valeur de l'utilité supplémentaire ou marginale acquise de cet article sur le coût de l'article. Selon le diagramme 10, si le prix du marché des gadgets est \$5 par gadget et que la consommation est de 10 gadgets par période, alors chacun des neuf premiers articles consommés apporte un surplus du consommateur. Au dixième article, la valeur des dollars déboursés pour l'achat de l'article est approximativement égale à la valeur de l'utilité obtenue de cet article.

Mis sur diagramme, la valeur de l'utilité totale acquise par la consommation de Q_0 articles par période à un prix P_0 chacun, sera la surface située en dessous de la courbe de demande jusqu'à Q_0 . Dans le diagramme 11, cela correspond à la surface $A + B$. La valeur des dollars déboursés pour acheter Q_0 articles, soit P_0Q_0 est la surface désignée par B dans le diagramme. La différence entre les deux, soit la surface A , est alors le surplus du consommateur par période provenant de la consommation de Q_0 articles par période au prix de P_0 chacun.



Si le prix d'un bien augmente, la consommation d'articles par période sera moindre et le surplus du consommateur diminuera. Dans le diagramme 12, Q_0 est acheté au prix de P_0 engendrant un surplus du consommateur de $A + B + D$. Si le prix monte à P_1 et la quantité demandée tombe à Q_1 , l'utilité totale baissera à $A + B + C$ (de $A + B + C + D + E$), le coût total sera $P_1 Q_1$ ou $B + C$ et le surplus du consommateur diminuera de $A + B + D$ à A . Du montant selon lequel le surplus du consommateur a diminué, B est simplement transféré aux producteurs, ce qui n'implique là-dessus aucune diminution nette du bien-être social. La valeur correspondant à la surface D ne va cependant à personne. Elle est perdue pour les consommateurs et personne n'en profite. C'est pourquoi, la surface D est appelée "la perte de poids mort" associée à l'augmentation du prix.

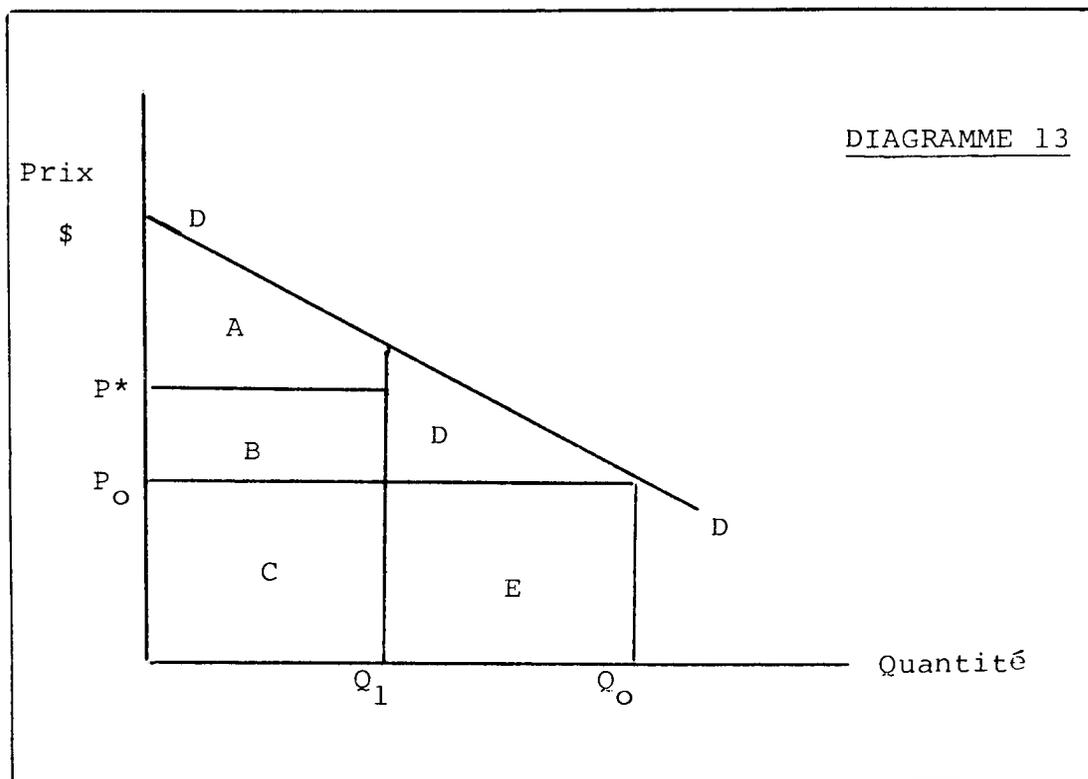


b) Le surplus du consommateur et les produits défectueux

Nous supposons que la courbe de demande pour gadgets, qui reflète l'utilité à retirer de la consommation des gadgets, est telle que l'illustre le diagramme 13. Si le prix est P_0 , Q_0 sera la quantité achetée. Supposons maintenant qu'une proportion de Q_0 est défectueuse, et que le consommateur ne reçoit donc que Q_1 gadgets utilisables. Nous supposons également que le consommateur n'a pas de possibilité de recours pour les produits défectueux. L'utilité totale émanant des gadgets sera alors la surface située en dessous de la courbe de demande jusqu'à Q_1 et non pas jusqu'à Q_0 , c'est-à-dire $A + B + C$ et non pas $A + B + C + D + E$.

Même si les consommateurs ne reçoivent que Q_1 gadgets utilisables, ils payent Q_0 gadgets au prix de P_0 chacun. Le prix réel pour chaque gadget utilisable est donc $P_0 (Q_0/Q_1)$ indiqué ici par P^* . On peut ainsi voir le coût total car $P^*Q_1 = P_0Q_0$ et est équivalent à la surface $B + C$. Le surplus du consommateur, soit la différence entre la valeur de l'utilité totale et le coût total, est donc égal à la surface A et la perte subie par le consommateur en raison des défauts

non dédommagées est égale à la surface B + D. La surface B est transférée aux producteurs et la surface D est la perte de poids mort pour la société.



On remarquera que la perte pour les consommateurs est plus élevée que seul le coût monétaire des marchandises défectueuses. La quantité des marchandises défectueuses est $Q_0 - Q_1$ et on peut exprimer leur coût soit par $P_0(Q_0 - Q_1)$, c'est-à-dire la surface E soit par $Q_1(P^* - P_0)$, c'est-à-dire la surface B. Cependant la baisse du surplus du consommateur est plus élevée car elle correspond aux surfaces B + D. La perte pour les consommateurs est donc égale au coût des marchandises défectueuses plus la perte de poids mort. La première est transférée au producteur, mais la seconde, la perte de poids mort, est une perte pour la société.

Les consommateurs peuvent toutefois améliorer légèrement leur situation comme le montre le dernier diagramme. Si le point P^*, Q_1 n'est pas sur la courbe de demande, ils peuvent améliorer leur bien-être en se déplaçant vers un nouveau point P^*Q^* situé

sur la courbe de demande. Ce déplacement implique qu'on soit au courant du taux de défauts $(Q_0 - Q_1)/Q_0$ et du prix plus élevé de P^* qui en découle. Ce déplacement effectué, les consommateurs achèteront au total $Q^*(Q_0/Q_1)$ articles au prix de P_0 chacun. Parmi ces articles, une quantité de Q^* sera utilisable et le prix par article utilisable sera de P^* . Même si les consommateurs sont dans une meilleure situation après le déplacement que s'ils ne s'étaient pas réglés au prix plus élevé, la perte de poids mort est toujours là, mais plus faible qu'avant, et la perte totale subie par les consommateurs sera plus élevée que la valeur monétaire des marchandises défectueuses $P_0 Q^*$.

CHAPITRE IV

PROCÈS ET RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL

1. Introduction

L'issue d'un procès concerne les avocats, tandis que les économistes, eux, se posent la question à savoir pourquoi y a-t-il procès au départ. Dans un monde capable de tout prévoir, un litige au sujet de contrats, de responsabilité en cas de négligence, de droits de propriété ou autres n'aurait pas sa raison d'être (si on présume que les parties ne tirent aucun plaisir du procès lui-même). Dans ce monde imaginaire, il ne pourrait y avoir aucun doute possible quant au total des frais, aux décisions judiciaires et aux dommages et intérêts. En supposant que le règlement ne puisse être entravé par des coûts de transaction, on aura toujours recours au règlement transactionnel de préférence à un procès. Dans le cas d'une plainte, la transaction serait avantageuse pour les deux parties, comme dans toute transaction libre. C'est d'ailleurs dans ce sens que le professeur Atiyah le décrit¹:

Un règlement transactionnel est une négociation commerciale dans laquelle le demandeur vend sa plainte ... pour ce qu'il peut en obtenir et l'acheteur l'achète pour aussi peu qu'il doit débours.

Si on pouvait toutefois tout prévoir, les négociations ne seraient pas nécessaires; les prix d'offre et d'acceptation seraient identiques. On peut tirer des enseignements de ce monde imaginaire pour constater notre monde. Il nous permet en effet de comprendre que les procès ont lieu à cause a) de l'incertitude et b) de la présence de frais à tous les niveaux.

Le but de ce chapitre est d'analyser la procédure de décision et les critères relatifs au choix entre le règlement transactionnel et le procès. Après avoir établi un modèle permettant de décrire la situation générale, nous verrons si les litiges des consommateurs s'adaptent bien à ce modèle, et sinon, nous ferons les modifications nécessaires. Ce chapitre fera davantage appel aux mathématiques que le précédent mais il débutera par une introduction qui ne sera pas technique.

1. P.S. Atiyah, "Accidents, Compensation, and the Law" (2^e éd.) (London: Weidenfeld and Nicolson 1975), p. 277.

2. Facteurs influençant le choix entre règlement transactionnel et procès

a) Généralités

Examinons un litige civil entre un demandeur virtuel (ou requérant) et un défendeur virtuel. Le litige peut être délictueux ou contractuel. Il existe en gros deux possibilités de solution: le litige peut être librement réglé entre les parties (règlement transactionnel) ou l'affaire peut être tranchée par une solution imposée par un tiers (jugement)². Les deux formes les plus courantes de la seconde solution sont l'arbitrage irrévocable et la sentence judiciaire (procès). Nous supposons, dans ce qui suit, que le choix réside entre le règlement transactionnel et le procès.

Un demandeur raisonnable et non vindicatif acceptera en échange de sa plainte une offre de règlement minimale. Pour être acceptable, cette offre doit laisser le demandeur dans une situation au moins égale à celle qu'il aurait pu espérer avoir après un procès. Pour déterminer le montant de règlement minimum acceptable, le demandeur devra prendre en considération la probabilité de sa réussite à un procès, l'octroi probable de dommages-intérêts s'il obtient gain de cause, les frais nécessaires pour intenter une action, le pourcentage de l'indemnité des frais s'il gagne et les coûts en rapport avec la solution de remplacement du procès, c'est-à-dire les coûts d'un règlement. Tous ces facteurs devront être évalués selon l'attitude du demandeur face au risque. Il peut être réfractaire au risque, avoir le goût du risque ou au contraire totalement indifférent au risque. Enfin, dans le cas où il n'a pu réglé l'affaire par transaction et qu'il intente un procès, le demandeur devra déterminer l'usage optimal qu'il désire faire des services juridiques pour cette question.

Le défendeur doit faire face à une décision semblable en ce qui concerne l'offre maximale de règlement à faire au demandeur. Cette offre, s'il la paye, devra laisser le défendeur dans une situation semblable à

2. Nous n'examinerons pas les processus aléatoires de prises de décision, comme le fait de jouer à pile ou face, ou alors nous le considérerons comme une forme de règlement libre.

celle qu'il aurait pu espérer avoir en payant les dommages-intérêts et les frais prévus demandés dans un procès. Pour déterminer son offre maximum, le défendeur doit prendre en considération son évaluation de probabilité de réussite du demandeur, l'octroi probable de dommages-intérêts qui lui seront réclamés si le demandeur gagne le procès, les frais entraînés pour la défense, la proportion des frais du demandeur qu'il devra verser si le demandeur obtient gain de cause, les coûts d'un règlement en comparaison de ceux d'un procès et enfin son attitude face au risque.

Si le montant minimum de règlement du demandeur est égal ou moins élevé que le montant maximum de règlement du défendeur, les parties préféreront régler la question en dehors du tribunal plutôt que d'intenter un procès. Si le montant du demandeur est moins élevé que celui du défendeur, une zone de contrat s'établira. Dans ce cas, le montant exact de règlement sera déterminé par les forces de négociations relatives des parties³. Si, parmi les facteurs qui ont une influence sur les montants minimum et maximum du demandeur et du défendeur, il se produit des modifications qui augmentent le montant du demandeur et/ou diminuent le montant du défendeur, le procès a alors plus de chances d'avoir lieu. Si au contraire les modifications de ces facteurs diminuent le montant du demandeur et/ou augmentent celui du défendeur il y a plus de chances pour qu'un règlement ait lieu. On peut remarquer que les mesures destinées d'une manière générale à diminuer les frais de justice et à faciliter l'accès aux recours en justice peuvent dans certaines circonstances accroître les chances au procès au détriment du règlement. On en reparlera plus longuement lorsqu'on abordera le sujet de la résolution des litiges impliquant des consommateurs. Nous allons maintenant parler des facteurs individuels qui influencent les montants de règlement du demandeur et du défendeur.

3. Pour plus de détails sur la notion de "force de négociation", voir J.G. Cross, The Economics of Bargaining (New York: Basic Books, 1969).

b) Facteurs influençant les montants de règlement

i) Attitudes face au risque

Comme nous présentons plus loin une manière de traiter la crainte du risque, nous dirons simplement maintenant qu'une personne réfractaire au risque préférera accepter une plus petite somme avec certitude qu'une plus grande somme incertaine; ou si elle doit payer, elle préférera payer une plus grande somme avec certitude qu'une plus petite somme incertaine. En d'autres termes, le risque représente pour cette personne une caractéristique indésirable du résultat final et elle est prête à payer pour l'éviter.

Examinons par exemple la valeur d'attente d'une personne à qui on offre l'occasion de jouer à pile ou face avec une pièce de monnaie. Si c'est face, elle reçoit \$2 et rien si la pièce tombe sur pile. La valeur d'attente du résultat est la somme des résultats possibles, chacun soupesé en fonction de la probabilité qu'il se produise réellement. Si la pièce de monnaie n'a pas de défaut, il y a 0,5 probabilité que cela tombe sur face et 0,5 probabilité que cela tombe sur pile. La valeur d'attente d'un seul jeu est donc de \$1. Une personne indifférente au risque acceptera de payer jusqu'à \$1 pour pouvoir jouer ou bien elle n'aura pas de préférence entre recevoir une somme sûre de \$1, ou participer à ce jeu qui offre une valeur d'attente avant le jeu de \$1.

Toutefois, une personne réfractaire au risque, même si elle est certaine des probabilités des résultats, trouvera déplaisant le risque associé au manque de connaissance quant au résultat du jeu. Même si la valeur d'attente du résultat est de \$1, une personne réfractaire au risque ne voudra payer qu'une somme inférieure à \$1 pour participer au jeu, ou bien, elle préférera recevoir un dollar avec certitude plutôt que d'encourir 50% de chances de gagner \$2 et 50% de chances de ne rien gagner.

Au contraire, une personne qui a le goût du risque est naturellement une personne qui évalue le risque associé au jeu et qui serait prête à payer plus de \$1 pour participer au jeu ou en d'autres termes, elle préférerait jouer à pile ou face pour \$2 que de recevoir \$1 avec certitude.

En termes techniques, un résultat certain a une variance nulle alors que la valeur d'attente équivalente dans un cas où il y a plus d'un résultat possible a une variance positive. Plus le nombre de résultats possible autour de la valeur d'attente est grand, plus la variance est grande. Si le jeu de pile ou face paye \$1.50 pour face et \$0.50 pour pile, la valeur d'attente est toujours de \$1 mais la variance est moins grande que dans le jeu offrant \$2 ou rien. Plus la variance est petite, moins il y a de risque.

ii) Probabilités de réussite et d'échec

Plus le demandeur accroît son évaluation subjective de la probabilité de sa réussite dans un procès, plus le procès aura de chances de se produire. Au contraire, plus le défendeur accroît son évaluation subjective de la probabilité de réussite du demandeur, plus le règlement transactionnel aura de chances de se produire. Enfin, plus les probabilités convergent, c'est-à-dire plus il y a d'entente entre les parties quant à l'issue du procès, plus les parties ont de chances de recourir à un règlement.

Plus les parties s'informent mutuellement, plus leurs évaluations des probabilités se rapprocheront. Le processus de la communication d'information avant le jugement, même s'il se justifie par le fait qu'il écarte les surprises au moment du procès peut être considéré ici comme un processus qui favorise le règlement transactionnel, en ce sens qu'il contribue à éliminer les erreurs des parties lorsque celles-ci évaluent leurs probabilités de réussite.

La clarté et l'applicabilité du droit positif sur l'affaire en question auront une incidence sur les estimations de probabilités des parties. Plus le droit positif sera clair et spécifique, moins il y aura d'écart pour chacune des parties entre l'estimation subjective de probabilités de réussite et la probabilité "vraie". De même, plus la situation précise des faits peut s'intégrer au sein de la réglementation du droit positif, moins il y aura d'erreur d'évaluation de probabilités et plus les deux estimations se rapprocheront. On peut considérer les services fournis par les avocats et le personnel parajuridique comme un moyen qui permet aux parties de mieux comprendre le droit positif et de leur fournir une interprétation de leur situation de faits, favorisant ainsi le règlement transactionnel.

iii) L'octroi de dommages-intérêts

Si les deux parties sont d'accord sur la probabilité de réussite du demandeur, et qu'elles sont également d'accord sur l'octroi probable de dommages-intérêts et en supposant qu'aucune des parties n'est favorable au risque, l'importance de l'octroi des dommages-intérêts n'a alors plus de rapport avec la question et les parties auront recours à un règlement transactionnel. Si par contre les parties sont d'accord sur l'octroi des dommages-intérêts mais que leurs probabilités varient, cela augmente les chances d'un procès. Il faut également penser dans une telle situation que le demandeur estime sa probabilité de réussite plus haute que le défendeur n'estime la probabilité de réussite du demandeur. Dans la situation que nous venons de décrire, les montants de règlement du demandeur et du défendeur augmenteront en fonction de leurs probabilités respectives au fur et à mesure que l'octroi de dommages-intérêts augmente, et le montant minimum acceptable du demandeur augmentera donc plus vite que l'offre maximum du défendeur. Il est vrai qu'une situation où la probabilité de réussite du demandeur est plus grande que celle du défendeur n'est pas une raison suffisante de recours en justice car les frais encourus pour intenter et donner suite à une action ne sont pas dédommagés.

Parmi les parties réfractaires au risque, plus il existe d'incertitude relative à l'octroi probable des dommages-intérêts, plus le règlement transactionnel a de chances de se produire. Le demandeur réfractaire au risque aura tendance à réduire son montant de règlement minimum acceptable au fur et à mesure que la variance (le risque) des dommages-intérêts prévus augmente tandis que le défendeur réfractaire au risque sera porté à augmenter son offre maximale au même rythme que la variance des dommages-intérêts augmente. Ces deux changements contribuent à rendre le règlement transactionnel plus vraisemblable.

Plus le montant de la plainte est important par rapport au patrimoine de la partie, plus le risque est élevé pour cette partie car plus la variance est grande par rapport à son patrimoine qu'elle réussisse ou qu'elle échoue. Pour un montant probable donné de dommages-intérêts, si le demandeur est la partie la plus pauvre, il y a plus de chances pour qu'un règlement se produise que si le défendeur est le plus pauvre. En général, il n'y a aucune raison de supposer que le demandeur soit plus pauvre que le défendeur ou

vice versa. Cependant dans les cas de litiges impliquant des consommateurs, on peut évidemment estimer que le patrimoine net des consommateurs-demandeurs est moins élevé que celui des chefs d'entreprise-défendeurs. Il n'est pas déraisonnable non plus de poser en hypothèse que les consommateurs en tant que classe sont plus réfractaires au risque que les entreprises.

Plus le temps nécessaire pour finaliser une action en justice est long, plus le règlement transactionnel a de chances de se produire. Plus les parties devront attendre pour recevoir ou payer les dommages-intérêts, moins leur valeur actuelle sera élevée, en supposant que les deux parties ont un taux d'escompte positif. Comme nous l'avons mentionné plus haut, moins les dommages-intérêts sont élevés, plus le règlement transactionnel a de chances de se produire. Le retard aura une plus grande incidence dans les cas où les demandeurs ont des taux d'escompte plus élevés que les défendeurs car la valeur actuelle des dommages-intérêts du demandeur diminuera au fur et à mesure que le retard augmente à un taux plus rapide que la valeur actuelle du paiement exigé plus tard du défendeur. On estime que les cas de lésions corporelles (demandeur lésé contre compagnie d'assurance) et de litiges avec consommateurs (individus contre entreprises) peuvent tomber dans cette catégorie.

iv) Frais de justice

Plus les frais de justice sont élevés, plus le règlement transactionnel a de chances de se produire. Les frais de justice tels qu'on les entend ici comprennent non seulement les frais explicites des services juridiques et des tribunaux mais également les coûts implicites en temps et énergie encourus par la poursuite judiciaire. Il n'est pas nécessaire et il est même peu probable que le demandeur et le défendeur subissent les mêmes coûts. Toutefois, si les frais de justice augmentent pour le demandeur, celui-ci baissera son montant de règlement minimum alors qu'au contraire si les frais de justice augmentent pour le défendeur, il augmentera le sien. L'une ou l'autre de ces deux influences ou les deux à la fois contribueront à accroître les chances d'un règlement qui ne sera pas affecté par une indemnité partielle ni même complète des frais de justice de la partie gagnante par la partie perdante.

v) Frais de règlement

De même qu'un procès entraîne des frais, il y a également de grandes chances pour que la procédure permettant d'arriver à un règlement entre les parties entraîne aussi des frais. Il est entendu qu'ici aussi ces frais comprennent les éléments pécuniaires et non pécuniaires. On peut supposer sans grande crainte d'erreurs que dans la plupart des litiges civils, les frais de règlement sont inférieurs aux frais de justice. Une augmentation des frais de règlement fera monter la somme de règlement minimum du demandeur et baisser l'offre maximum du défendeur, augmentant ainsi les chances d'un procès.

vi) Indemnité des frais

On procède normalement, une fois le jugement rendu, au dédommagement des frais qui conclut la plupart des cas, c'est-à-dire qu'on demande à la partie perdante de dédommager le gagnant d'une partie des frais qu'il a encourus. Ce dédommagement s'ajoute évidemment aux propres frais du perdant. On suppose que dans tous les cas, le dédommagement des frais n'indemnise pas complètement la partie gagnante, même dans le cas rare où les frais sont dédommagés en fonction des "frais entre un avocat et son propre client", car on n'essaiera dans aucun cas de demander une indemnité pour les frais encourus par perte de temps, d'énergie ou par anxiété.

Une réglementation d'indemnité améliore la condition de la partie gagnante et détériore celle de la partie perdante par rapport aux conditions respectives des parties sans réglementation. En augmentant ainsi l'écart du résultat prévu d'un procès, la réglementation favorise par conséquent le règlement transactionnel entre demandeurs et défendeurs réfractaires au risque. Ainsi, non seulement la réglementation exécute sa fonction conventionnelle de décourager les procès inutiles mais elle a également une incidence sur le choix entre procès et règlement en faveur de ce dernier. En présence de deux parties indifférentes au risque, il n'est pas possible d'énoncer une généralité à savoir si la réglementation accroîtrait ou diminuerait les offres de règlement. Il n'y a que dans le cas spécial d'équivalence des frais prévus et des probabilités subjectives qu'on peut dire que les prix fixés par les parties changeront au même rythme tous les deux vers la hausse si les deux parties estiment que le demandeur a plus de chances de gagner

que de perdre, et vers la baisse si elles estiment que le demandeur a plus de chances de perdre que de gagner.

Il faut également souligner une autre conséquence de la réglementation d'indemnité: celle de récompenser la partie qui a prédit avec exactitude l'issue du procès et pénaliser la partie qui n'a pas prévu juste. Cette conséquence encourage les parties à prédire avec exactitude les probabilités de réussite et d'échec; elle tend également à rapprocher les estimations de probabilités des parties et favorise par conséquent le règlement transactionnel au détriment du procès⁴.

vii) Utilisation des ressources juridiques

Nous avons jusqu'ici considéré l'estimation de probabilités des parties comme une délimitation exogène. En fait, les probabilités et sans doute également l'octroi des dommages-intérêts au cas où l'affaire passe en justice, dépendent probablement en partie de la quantité des services juridiques auxquels on a recours. Une partie raisonnable aura donc recours aux services juridiques tant que la contribution marginale qu'il accorde au résultat prévu du procès dans la dernière unité des services juridiques est supérieure aux frais supplémentaires de cette unité. Chaque unité de services juridiques achetée peut être utilisée pour accroître la probabilité de réussite de cette partie et/ou pour modifier le montant prévu des dommages-intérêts en faveur de cette partie. Comme dans la plupart des mises de fonds productives, cependant, on peut considérer que la productivité marginale baisse de sorte que chaque unité de ressources juridiques ajoute moins à la valeur prévue du résultat du procès que l'unité précédente (ou dans le cas du défendeur réduise la valeur prévue du résultat du procès). En supposant que le coût marginal d'une unité de ressources juridiques ne baisse pas, on peut atteindre un niveau d'équilibre d'usage des ressources où le bénéfice marginal est égal au coût marginal.

Plus les dommages-intérêts prévus sont importants, plus la productivité par unité de ressources juridiques sera élevée. En termes simples, cela veut dire que plus les parties prévoient des dommages-intérêts élevés, plus chacune d'elles dépensera de ressources juridiques.

4. R.A. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", Journal of Legal Studies (2:1973), p. 399.

L'analyse décrite ci-dessus présume que chaque partie détermine l'usage qu'elle fera des ressources juridiques indépendamment de l'autre partie. Si c'est le cas, chaque partie peut atteindre sa position d'utilisation des ressources maximum comme nous l'avons expliqué. Des problèmes similaires à ceux qu'on rencontre dans la fixation des prix en situation de duopole peuvent alors surgir, si (a) chaque partie base ses dépenses de ressources juridiques en partie sur ce que fait l'autre partie et si (b) les productivités des ressources juridiques de chaque partie sont interdépendantes, c'est-à-dire que la productivité des ressources d'une partie dépend en partie de la quantité des ressources juridiques utilisées par l'autre partie. L'usage optimal de ressources d'une partie dépendra donc du comportement prévu et observé de l'autre partie. Dans cette situation, il se peut très bien que les parties n'atteignent pas la situation d'équilibre de l'usage des ressources.

S'il n'y a pas moyen de déterminer l'usage des ressources optimal de chaque partie en cas d'interdépendance, les probabilités subjectives seront donc également indéterminées et il sera alors impossible de résoudre les conditions précises de règlement quant à l'offre et à l'acceptation. Dans ce qui suit, nous supposerons simplement que les dépenses ou ressources juridiques d'une part ne dépendent pas des dépenses de l'autre partie.

3. Règlement officiel - Modèle du procès⁵

a) Patrimoines

La décision judiciaire d'un litige modifiera le patrimoine de chaque partie. L'importance du changement dans le patrimoine dépendra du montant des dommages-intérêts accordés et des coûts à l'unité des

5. Cet article est en partie basé sur le travail de Landes, Gould et Posner. Voir W.M. Landes, "An Economic Analysis of the Courts", Journal of Law and Economics (14:1971), p. 61; J.P. Gould, "The Economics of Legal Conflicts", Journal of Legal Studies (2:1973), p. 279; and R.A. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", Journal of Legal Studies (2:1973), p. 399.

ressources juridiques utilisées par chacune d'elles et enfin de la réglementation de la juridiction concernant l'indemnité des frais. Déterminons par W_p et W_d le patrimoine au départ du demandeur plaidant et du défendeur, par D le montant des dommages-intérêts, par r le coût à l'unité des services juridiques (on suppose qu'il est égal pour chaque partie) et par R_p et R_d les quantités de ressources juridiques utilisées par le demandeur et le défendeur. En ce qui concerne l'indemnité, nous supposons qu'on remboursera la partie gagnante d'une certaine fraction z de ses frais de ressources juridiques ($0 \leq z \leq 1$). Par conséquent, si le demandeur gagne, il recevra zrR_p du défendeur et s'il perd, il devra payer zrR_d au défendeur, en plus de ses propres frais.

On peut alors délimiter quatre patrimoines différents, deux pour chaque partie, l'un au cas où il gagne et l'autre au cas où il perd le procès. Déterminons par W_{pn} , le patrimoine du demandeur s'il gagne et par W_{pl} son patrimoine s'il perd et par W_{dn} et W_{dl} les patrimoines respectifs du défendeur s'il perd ou gagne. Les patrimoines deviennent donc:

- i) si le demandeur gagne:

$$W_{pn} = W_p + D - rR_p + zrR_p$$
- ii) si le demandeur perd:

$$W_{pl} = W_p - rR_p - zrR_d$$
- iii) si le défendeur gagne:

$$W_{dn} = W_d - rR_d + zrR_d$$
- iv) si le défendeur perd:

$$W_{dl} = W_d - D - rR_d - zrR_p$$

b) Dépenses relatives aux ressources juridiques

Déterminons par P_p la probabilité subjective du demandeur quant à sa réussite et par P_d la probabilité subjective du défendeur quant à la réussite du demandeur. Ces estimations de probabilités ne seront cependant pas indépendantes de la quantité de services juridiques achetés par chaque partie. On peut supposer que plus le demandeur achète de services, plus les deux probabilités P_p et P_d seront élevées et au contraire, plus le défendeur achète de services moins les deux probabilités P_p et P_d seront élevées. Nous pouvons donc écrire:

$$P_p = P_p(R_p, R_d; Z_p)$$

$$P_d = P_d(R_p, R_d; Z_d)$$

où Z_p et Z_d sont des facteurs autres que les quantités de ressources utilisées et qui ont une incidence sur P_p et P_d . De plus,

$$\frac{\partial P_p}{\partial R_p}, \frac{\partial P_d}{\partial R_p} > 0; \text{ and } \frac{\partial P_p}{\partial R_d}, \frac{\partial P_d}{\partial R_d} < 0.$$

En outre, le quantum des dommages-intérêts peut également être en fonction de la quantité des ressources juridiques utilisées, une fonction positive de R_p et une fonction négative de R_d . On écrit donc:

$$D = D(R_p, R_d; T)$$

où T représente simplement d'autres facteurs influençant les dommages-intérêts et:

$$\frac{\partial D}{\partial R_p} > 0; \quad \frac{\partial D}{\partial R_d} < 0.$$

Enfin, l'indemnité des frais redevable à la partie gagnante augmentera linéairement et proportionnellement aux dépenses des ressources juridiques de cette partie. Par conséquent, si I est le montant d'indemnité payé par la partie perdante à la partie gagnante:

$$I = zrR_p, \quad \frac{\partial I}{\partial R_p} = zr$$

si le demandeur gagne et

$$I = zrR_d, \quad \frac{\partial I}{\partial R_d} = zr$$

si le défendeur gagne.

(i) Dépenses de services juridiques optimales pour le demandeur

Le demandeur a une probabilité P_p de rester avec W_{pn} et une probabilité consécutive de $1 - P_p$ de rester avec W_{p1} . Etant donné que W_{pn} et W_{p1} sont exprimés en termes pécuniaires, ils n'indiquent pas forcément ce que représente leur "valeur" pour le demandeur en termes d'un certain sentiment de satisfaction de bien-être ou d'utilité. Ainsi, pour utiliser un exemple familier, le supplément d'un dollar sur le patrimoine d'une personne pauvre peut avoir une beaucoup plus grande utilité que le supplément d'un dollar pour cette même personne si elle était très riche. Pour indiquer l'utilité des patrimoines que le demandeur peut avoir, nous écrivons $U_p(W_{pn})$ et $U_p(W_{p1})$. Etant donné la probabilité de chaque patrimoine et l'utilité en rapport avec ce patrimoine, l'utilité du procès prévue (avant le procès lui-même) peut s'écrire:

$$E(U_p) = P_p U_p(W_{pn}) + (1 - P_p) U_p(W_{p1}).$$

Le demandeur est présumé affecter des dépenses à l'achat de services juridiques afin d'optimiser l'utilité du procès. Si on suppose une productivité marginale décroissante de R_p en rapport avec la croissance de P_p et de D , on doit atteindre un point où le bénéfice marginal décroissant (mais positif) de R_p est exactement égal au coût marginal de R_p . A ce point-là $E(U_p)$, soit l'utilité du procès prévue, atteindra son maximum. Mathématiquement, on optimise $E(U_p)$ en fonction de R_p . Ainsi:

$$\begin{aligned} \frac{\partial E(U_p)}{\partial R_p} &= P_p U'_p(W_{pn}) \cdot \frac{\partial W_{pn}}{\partial R_p} + U_p(W_{pn}) \cdot \frac{\partial P_p}{\partial R_p} \\ &+ (1 - P_p) U'_p(W_{p1}) \cdot \frac{\partial W_{p1}}{\partial R_p} - U_p(W_{p1}) \cdot \frac{\partial P_p}{\partial R_p} = 0. \end{aligned}$$

A partir des définitions de W_{pn} et W_{p1} , on observe que:

$$\begin{aligned} W_{pn} &= D - r + z r \\ R_p & \quad R_p \end{aligned}$$

et

$$\frac{W_{p1}}{R_p} = -r$$

et que par conséquent l'attribution optimale des ressources aux services juridiques a lieu lorsque que:

$$\begin{aligned} & \frac{\partial P}{\partial R_p} \{U_p(W_{pn}) - U_p(W_{p1})\} + \frac{\partial D}{\partial R_p} \cdot P_p U'_p(W_{pn}) \\ & = r \{ (1-z) P_p U'_p(W_{pn}) + (1-P_p) U'_p(W_{p1}) \} \end{aligned}$$

lorsque

$$\frac{P}{R_p} [U_p(W_{pn}) - U_p(W_{p1})]$$

correspond au bénéfice marginal que représente l'accroissement des probabilités de succès par l'utilisation de ressources supplémentaires;

$$\frac{\partial D}{\partial R_p} \cdot P_p U'_p(W_{pn})$$

correspond au bénéfice marginal que représente l'accroissement du dédommagement prévu par l'utilisation de ressources juridiques supplémentaires;

$$r(1-z)P_p U'_p(W_{pn})$$

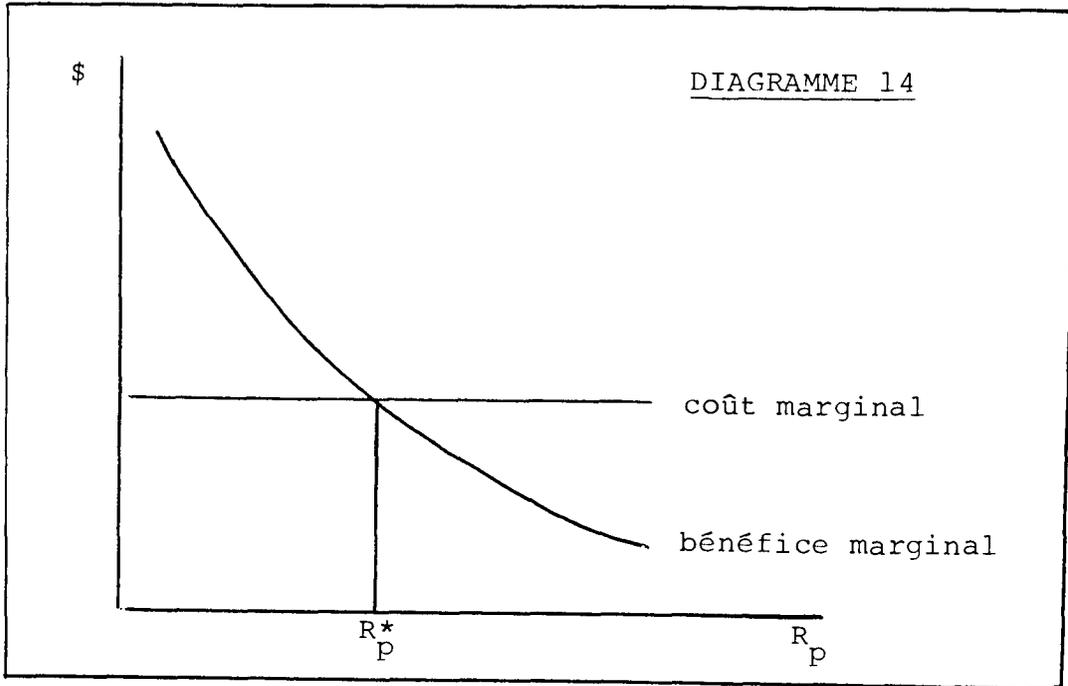
correspond au coût marginal au cas où le demandeur aurait gain de cause, multiplié par la probabilité de succès; et

$$r(1-P_p)U'_p(W_{p1})$$

correspond au coût marginal au cas où le demandeur perdrait, multiplié par la probabilité d'échec.

La partie gauche de cette formule représente le rendement marginal ou bénéfice par rapport aux dépenses affectées aux services juridiques et elle est positive tandis que la partie droite de la formule représente le coût marginal des services juridiques et elle est également positive. Si on suppose une productivité

marginale décroissante de R_p , $\partial P_p / \partial R_p$ et $\partial D / \partial R_p$ baissent tous deux quand R_p augmente et par conséquent la courbe du bénéfice marginal est décroissante comme le montre le diagramme 14.



On peut également mentionner qu'un changement, soit dans le patrimoine initial du demandeur, W_p , soit dans le montant des dommages-intérêts D , déplacera les courbes du bénéfice et du coût marginaux.

Pour déterminer les conséquences d'un changement de patrimoines initiaux du demandeur, nous faisons la distinction entre les équations du bénéfice marginal et du coût marginal, déjà obtenues, en fonction de W_p . Nous avons alors:

$$\frac{\partial MB}{\partial W_p} = \frac{\partial P}{\partial R_p} \{U'_p(W_{pn}) - U'_p(W_{p1})\} \quad (< 0)$$

$$+ \frac{\partial D}{\partial R_p} \cdot P_p U''_p(W_{pn}) \quad (< 0)$$

et

$$\frac{\partial MC}{\partial W_p} = r \{ (1-Z) P_p U''_p(W_{pn}) + (1-P_p) U''_p(W_{p1}) \} \quad (< 0)$$

On remarque alors que les courbes du coût marginal et du bénéfice marginal effectueront toutes deux une translation vers le bas et qu'il n'y a aucune solution nette en ce qui concerne le changement dans l'usage des ressources juridiques si le patrimoine change.

On répète la procédure pour déterminer les effets d'un accroissement des "enjeux", c'est-à-dire de D sur les courbes BM et CM

$$\frac{\partial MB}{\partial D} = \frac{\partial P}{\partial R_p} \cdot U'_p(W_{pn}) \quad (> 0)$$

$$+ \frac{\partial D}{\partial R_p} \cdot P_p U''_p(W_{pn}) \quad (< 0)$$

et

$$\frac{\partial MC}{\partial D} = r\{(1-Z)P_p U''_p(W_{pn})\} \quad (< 0)$$

Dans ce cas, comme dans le cas de changement dans W_p , un accroissement de D déplacera la courbe du coût marginal vers le bas. On ne peut déterminer l'effet sur la courbe du bénéfice marginal car celle-ci est capable d'effectuer une translation dans l'une ou l'autre direction. Ainsi, quoique cette analyse ne puisse pas nous donner de réponses définitives sur l'utilisation des ressources juridiques lorsque le patrimoine initial augmente ou lorsque le montant des dommages-intérêts augmente, on peut dire que la probabilité d'un usage plus large de ressources est plus élevée dans le dernier cas que dans le premier cas.

ii) Dépenses de services juridiques optimales pour le défendeur

L'analyse des dépenses optimales du défendeur pour les services juridiques est conforme à celle du demandeur et ne sera donc pas présentée en détails. L'utilité du défendeur atteindra son maximum au point où:

$$\begin{aligned} & \frac{\partial P_d}{\partial R_d} \{U_d(W_{d1}) - U_d(W_{dn})\} - \frac{\partial D}{\partial R_d} \cdot P_d U'_d(W_{d1}) \\ & = r\{P_d U'_d(W_{d1}) + (1-Z) (1-P_d) U'_d(W_{dn})\} \end{aligned}$$

Ici aussi, la partie gauche de l'équation représente le bénéfice marginal des dépenses affectées aux services juridiques tandis que la partie droite représente le coût marginal. Comme pour le demandeur, les dépenses du défendeur seront déterminées par la productivité des services juridiques à baisser la probabilité de réussite du demandeur (P_d) et par la productivité de ceux-ci à baisser le montant potentiel des dommages-intérêts.

c) Crainte du risque

Nous avons déjà parlé brièvement de la crainte du risque, mais nous allons maintenant développer ce sujet plus en détails. On dit qu'un individu est réfractaire au risque lorsqu'il préfère un paiement sûr de \$X à une valeur d'attente équivalente de \$X comportant un risque. Par exemple, une personne réfractaire au risque préférera prendre un montant de \$99 sûr plutôt que d'encourir la chance de participer à un jeu de hasard offrant 10% de chances de recevoir \$900 et 90% de chances de recevoir \$10. La valeur d'attente du rendement du jeu de hasard est \$99 mais en raison du risque associé au résultat, la personne préférera recevoir cette somme d'une manière sûre. Au contraire, une personne indifférente au risque, n'aura aucune préférence devant ce choix tandis qu'une personne qui a le goût du risque préférera tenter sa chance plutôt que de recevoir une somme avec certitude.

La valeur d'attente d'un résultat aléatoire dont on connaît les probabilités est la valeur de la somme des résultats, chacun d'eux étant soupesé en fonction de la probabilité de sa réalisation, ou

$$E[O] = P O_1 + (1 - P) O_2$$

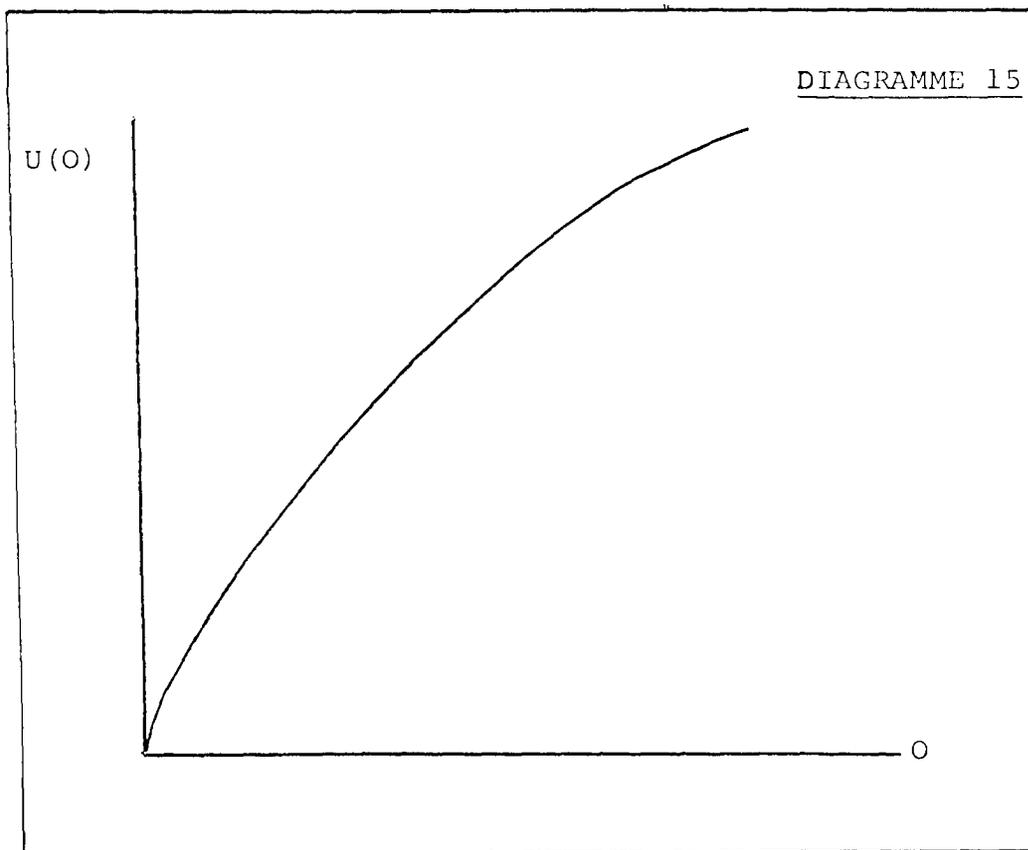
On peut écrire l'utilité d'un jeu de hasard comme la somme des utilités de chaque résultat, chacun d'eux étant soupesé en fonction de sa réalisation ou

$$P U(O_1) + (1 - P) U(O_2)$$

Si une personne est réfractaire au risque, elle choisira entre les deux possibilités la somme sûre égale à la valeur d'attente plutôt qu'un hasard donnant la même valeur d'attente. On aura donc pour cette personne:

$$U(P O_1 + (1 - P) O_2) \quad P U(O_1) + (1 - P) U(O_2)$$

Cette inégalité est la définition d'une fonction concave du type montré dans le diagramme 15⁶.



Mais cette fonction montre une utilité marginale décroissante par rapport à O ou $U'(O) < 0$. Si, par conséquent, nous considérons les résultats comme des patrimoines différents, une personne qui montre une utilité marginale décroissante par rapport à son patrimoine est réfractaire au risque et une personne qui est réfractaire au risque montre une utilité marginale décroissante par rapport aux résultats qui ont une incidence sur le patrimoine.

6. J.P. Gould, "The Economics of Legal Conflict", Journal of Legal Studies (2:1973), p. 281.

Comme nous l'avons déjà mentionné, une personne qui est réfractaire au risque préférera une somme sûre à la valeur d'attente équivalente d'un jeu de hasard. On peut donc dire qu'il existe une somme sûre plus petite pour laquelle la personne n'aura pas de préférence entre cette somme sûre et la valeur d'attente d'un jeu de hasard. Si on considère les résultats comme des patrimoines différents et W_1 et W_2 les patrimoines pouvant provenir du hasard et W_0 la somme sûre plus petite pour laquelle la personne réfractaire au risque n'a pas de préférence entre cette somme et la valeur d'attente du hasard, on a alors:

$$U(W_0) = PU(W_1) + (1 - P)U(W_2)$$

et

$$W_0 = PW_1 + (1 - P)W_2$$

On peut donc dire qu'une personne qui est réfractaire au risque sera d'accord pour payer une somme positive afin d'éviter le risque; cette somme est:

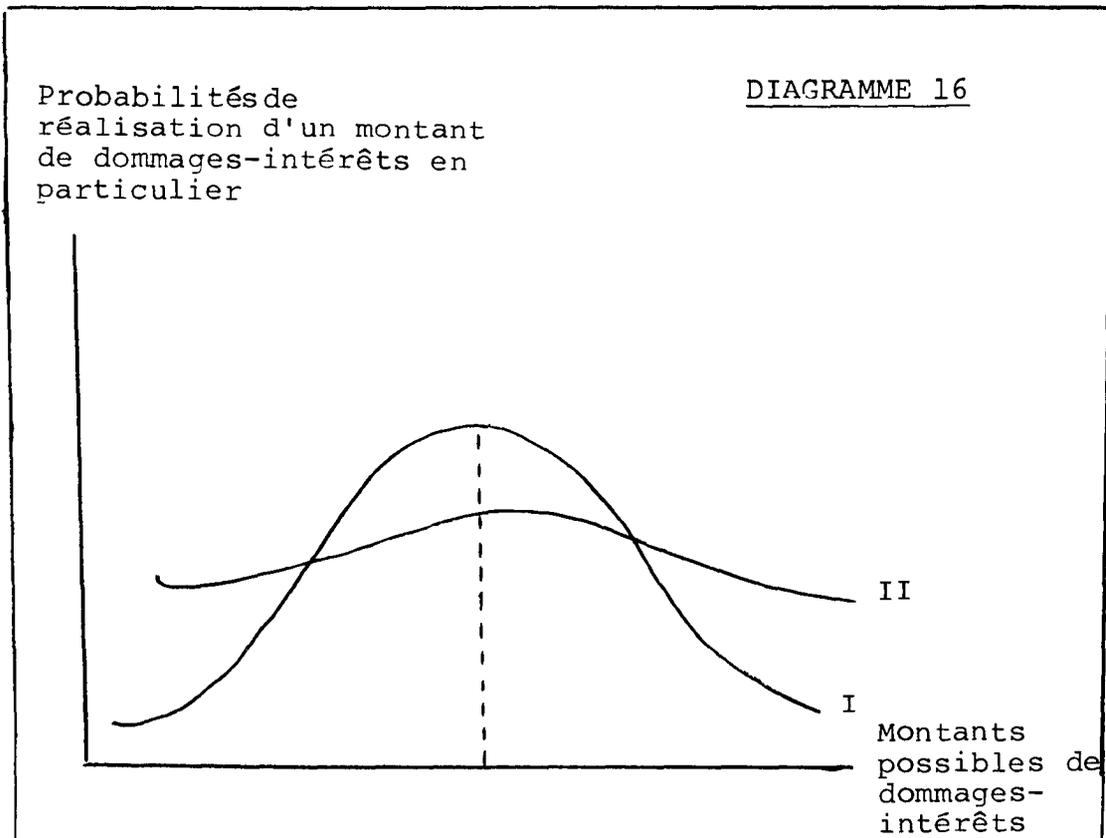
$$PW_1 + (1 - P)W_2 - W_0$$

Le procès représente un élément de hasard à la fois pour le demandeur virtuel et le défendeur virtuel. Si les deux parties sont réfractaires au risque, alors chacune d'elles par définition sera prête à payer un certain prix pour éviter le risque, la somme maximum pour le demandeur étant la différence entre la valeur d'attente provenant du procès selon son évaluation des expectatives (c.-à-d l'utilité monétaire prévue) et la plus haute somme sûre donnant la même utilité.

Si les deux parties sont réfractaires au risque et si elles partagent toutes deux les mêmes estimations de probabilités et les mêmes prédictions quant à l'importance des dommages-intérêts, elles peuvent alors certainement s'entendre sur un règlement qui les laissera dans une meilleure position que si elles avaient recours à un procès. L'existence des frais de justice peut également les inciter à avoir recours à un règlement plutôt qu'à un procès mais ils ne représentent pas en eux-mêmes une condition nécessaire de règlement. Tant qu'une partie est réfractaire au risque et que l'autre a au contraire le goût du risque, la perspective du règlement transactionnel est alors présente.

Avant de passer à l'analyse des conditions nécessaires à un règlement transactionnel, nous chercherons à connaître les causes qui déterminent le fait que l'on soit plus ou moins réfractaire au risque ou conformément à l'étude précédente, les causes qui déterminent la prime qu'une personne réfractaire au risque est prête à payer pour éviter le risque associé au hasard. Pour cela, il faut essentiellement étudier la nature de la fonction d'utilité d'une personne, fonction qui a pour éléments les résultats ou les patrimoines et le risque à subir. Nous nous intéresserons surtout à la variation de l'utilité en fonction du risque.

Examinons les résultats possibles d'un procès. Nous supposons naturellement qu'il existe une probabilité de réussite pour une des parties. Nous supposons également que le montant des dommages-intérêts est inconnu, même si cette partie connaît la structure de probabilités décrivant la vraisemblance des différents résultats relatifs à ce montant. Les dommages-intérêts possibles et la probabilité de leur réalisation sont représentés par la courbe I dans le diagramme 16.



La valeur d'attente des dommages-intérêts est ici de \$1 000 mais ce montant n'est que le plus petit montant ou le montant "le plus probable" parmi toute une série de montants possibles. L'axe vertical montre la probabilité de réalisation d'un montant en particulier. Plus la différence, positive ou négative, entre un montant de dommages-intérêts et \$1 000, est grande, plus la probabilité de ce montant diminue. Quoique la valeur moyenne ou la valeur d'attente du montant soit \$1 000, d'après notre analyse sur la crainte du risque, un demandeur serait prêt à accepter une somme plus petite pour éviter le risque associé au résultat effectif. De même, un défendeur serait prêt à payer plus que la valeur d'attente ou que la valeur moyenne afin d'éviter le risque.

Examinons maintenant la distribution des montants possibles montrée à la courbe II. La valeur d'attente ou moyenne est toujours \$1 000. Par contre, dans ce cas-ci, la distribution s'étend davantage et les plus hautes et les plus basses valeurs sont plus probables que dans la distribution de la courbe I. On peut dire que plus la distribution est étendue, plus elle comporte de risque. Dans le cas comportant le moins de risque, il y a une probabilité d'un montant de \$1 000 et aucune variation autour de ce plus petit montant et par conséquent aucun risque: ce serait en fait une somme sûre de \$1 000. Au fur et à mesure que la distribution s'aplatit, le risque augmente. Cependant, au fur et à mesure que le risque augmente, la prime que chaque partie est prête à payer pour éviter le risque a des chances d'augmenter car lorsque le risque augmente, le demandeur est prêt à accepter une somme sûre plus petite et le défendeur à payer une somme sûre plus élevée. Par conséquent, plus le risque du procès est élevé, dans le sens d'une grande variation de résultats possibles, plus il y a de chances pour que les parties "payent" afin d'éviter un procès.

d) Montants d'un règlement transactionnel et ses conditions

i) Montant de règlement minimal du demandeur

Qu'il intente un procès ou qu'il accepte une offre de règlement du défendeur, le patrimoine du demandeur sera modifié par rapport à sa valeur originelle. Si la somme de règlement acceptée est S , alors en soustrayant de tous les coûts associés au règlement (coûts bien distincts des frais de justice), le patrimoine du demandeur sera alors après le règlement de:

$$W_{sp} = W_p + S$$

Un demandeur raisonnable sera prêt à accepter une somme qui le laisse dans la même position ou dans une meilleure position que s'il avait intenté un procès. On a vu que l'utilité qu'il prévoyait obtenir du procès était de:

$$E(U_p) = P_p U_p(W_{pn}) + (1 - P_p) U_p(W_{pl})$$

Il s'ensuit que le montant minimum de règlement qu'il accepterait ne doit pas le laisser dans une situation pire qu'un procès. Si on définit par S_p le montant minimum de règlement du demandeur, son patrimoine après règlement sera alors de $W_{sp} = W_p + S_p$ et l'utilité associée à son patrimoine doit, par définition de S_p , être égale à l'utilité d'un procès. On a alors:

$$U(W_p + S_p) = P_p U_p(W_{pn}) + (1 - P_p) U_p(W_{pl})$$

et par suite de notre étude sur la crainte du risque, si le demandeur est réfractaire au risque, on a alors:

$$W_p + S_p < P_p W_{pn} + (1 - P_p) W_{pl}$$

et plus il est réfractaire au risque, plus l'inégalité sera grande.

Si nous examinons le cas limite d'un demandeur indifférent au risque, on a alors:

$$W_p + S_p = P_p W_{pn} + (1 - P_p) W_{pl}$$

En remplaçant $W_p + D - rR_p + zrR_p$ par W_{pn} et $W_p - rR_p - zrR_d$ par W_{pl} , et en résolvant S_p , nous obtenons:

$$S_p = P_p [D + zr(R_p + R_d)] - rR_p - zrR_d$$

ii) Montant de règlement maximum du défendeur

On peut procéder à une analyse similaire pour déterminer le montant maximum qu'un défendeur est prêt à offrir pour régler la plainte du demandeur avant d'avoir recours à un procès. Après le règlement, le patrimoine du défendeur sera $W_{sd} = W_d - S$. S atteindra son maximum pour le défendeur lorsque ce montant le laissera indifférent entre régler l'affaire par un règlement ou un procès. Si on détermine ce montant maximum par S_d , on peut le résoudre par une équation d'équivalence d'utilité.

$$U(W_d - S_d) = P_d U(W_{d1}) + (1 - P_d) U(W_{dn})$$

et pour un défendeur indifférent au risque, on aura:

$$S_d = P_d [D + zr(R_p + R_d)] + rR_d - zrR_d$$

iii) Condition d'un règlement

Pour qu'un règlement puisse avoir lieu, il faut que le montant de règlement minimum du demandeur soit plus petit ou égal au montant de règlement maximum du défendeur:

$$S_d \geq S_p$$

ou,

$$P_d \{D + zr(R_p + R_d)\} + rR_d \geq P_p \{D + zr(R_p + R_d)\} - rR_p$$

Examinons d'abord la situation où $P_d = P_p = 1$, c.-à-d. où les deux parties sont tout à fait sûres que le demandeur sera la partie gagnante au procès pour un montant de dommages-intérêts de D et un coût partiel d'indemnité. Dans ce cas-ci, $S_p = D - (1 - z)rR_p$ qui est plus petit que D du montant du coût du demandeur pour lequel il n'est pas indemnisé, c.-à-d. $(1 - z)rR_p$. Par conséquent, même s'il est tout à fait sûr de sa réussite et du montant des dommages-intérêts, le demandeur aura tout de même avantage à choisir un règlement transactionnel si une partie de ses dépenses ne sont pas dédommagées. De même, le défendeur, même s'il est sûr de la réussite du demandeur dans un procès, sera prêt à offrir un montant plus grand que D pour éviter un procès, c.-à-d. $S_d = D + rR_d + zrR_p$. La prime maximum au-dessus de D est ici composée des dépenses totales du défendeur plus la portion des frais du demandeur que le défendeur aura à payer. Tout montant de règlement transactionnel qui se situe entre S_p et S_d laissera les deux parties dans une meilleure position que si elles avaient eu recours à un procès.

Si les deux parties se mettent d'accord sur D , une condition suffisante (mais non nécessaire) de règlement sera $P_d \geq P_p$, c.-à-d. que l'évaluation du défendeur de la probabilité de réussite du demandeur ne soit pas moins élevée que l'évaluation du demandeur sur cette probabilité. Si les probabilités sont les mêmes, le montant minimum du demandeur sera encore en dessous de l'offre maximum du défendeur d'un montant $rR_d + rR_p$ et on peut s'attendre à ce qu'un règlement ait lieu.

Même si P_p est plus grand que P_d , il est toutefois possible qu'un règlement se produise quoique l'intervalle entre S_d et S_p sera plus petit. Le règlement est encore possible en raison de l'existence des éléments de coûts rR_p et rR_d . Mais naturellement un écart suffisant entre P_p et P_d peut éliminer les chances d'un règlement et le procès devient alors inévitable.

Dans ce chapitre, nous avons jusqu'ici admis l'hypothèse de la condition limitative de la neutralité face au risque. Si les deux parties sont réfractaires au risque, alors plus le règlement a de chances de se produire et plus les parties craignent le risque, plus il y aura de conséquences sur S_p et S_d . Par contre, le goût du risque enlève des chances au règlement et si seulement une des parties a suffisamment le goût du risque, alors même si les parties évaluent au même degré les chances de réussite du demandeur et le montant D , il se peut que le règlement ne soit pas possible.

iv) Frais de règlement

Nous avons déterminé les frais associés au procès mais jusqu'ici, nous avons supposé que les frais de transaction encourus pour se mettre d'accord sur un règlement sont nuls. Il n'est pas nécessaire qu'il en soit ainsi et c'est d'ailleurs rarement le cas. Si C_p et C_d sont les frais de règlement respectifs du demandeur et du défendeur encourus pour arriver à un règlement, leurs patrimoines après le règlement seront alors de:

$$W_{ps} = W_p + S - C_p$$

$$W_{ds} = W_d - S - C_d$$

Leurs montants de règlement en subiront également les conséquences et deviendront:

$$S_p = P_p \{D + zr(R_p + R_d)\} - rR_p - rzR_d + C_p$$

$$S_d = P_d \{D + zr(R_p + R_d)\} + rR_d - rzR_d - C_d$$

La présence de frais effectifs de règlement augmentera alors le montant minimum acceptable du demandeur et diminuera le montant maximum de règlement du défendeur. La conséquence de chaque modification de montant diminuera donc les chances d'un règlement.

Une fois qu'on a présenté les frais de règlement, $P_d \geq P_p$ n'est plus une condition suffisante de règlement. Pour le voir, on peut écrire à nouveau la condition complète de règlement: $S_d \geq S_p$ et après avoir mis les équivalences, on obtient alors:

$$(P_d - P_p)[D + zr(R_p + R_d)] \geq -r(R_p + R_d) + (C_p + C_d)$$

Maintenant $P_d \geq P_p$ n'est une condition suffisante de règlement que si $r(R_p + R_d) \geq (C_p + C_d)$, c.-à-d. si le total des frais de justice est supérieur au total des frais de règlement. En général, les frais de règlement ont tendance à favoriser le procès.

Si on suppose que les frais de règlement dans leur ensemble sont moins élevés que les frais de justice, un règlement en dehors du tribunal est optimal selon le critère de Pareto dans tous les cas quels que soient les estimations de probabilités, les patrimoines, le degré de crainte du risque et ainsi de suite. Le règlement transactionnel constitue une épargne de ressources pour la société de $R(R_p + R_d) - (C_p + C_d)$ quelles que soient les forces relatives de négociations des parties. La façon dont cette épargne sera partagée entre les parties dépendra sans doute évidemment des talents de négociations et de la nature des probabilités estimées, mais même si une partie s'arroge le total de l'épargne, le résultat sera supérieur selon le critère de Pareto au procès.

v) A quel moment le demandeur abandonnera-t-il?

Jusqu'ici l'analyse peut donner l'impression que même si P_p et P_d sont très basses, tant qu'elles sont égales ou que $P_d > P_p$, un règlement transactionnel est possible. Or, ce n'est pas forcément le cas. Il faut en effet à ce stade-ci ajouter une troisième possibilité aux deux moyens d'action que nous avons vus jusqu'ici, le règlement transactionnel ou le procès, soit la renonciation complète de la plainte par le demandeur.

Pour un montant donné D , et pour des dépenses données subies en ressources juridiques par le demandeur et le défendeur, il doit exister une certaine probabilité de réussite supérieure à zéro en dessous de laquelle il ne vaut plus la peine pour le demandeur d'intenter une action. La probabilité minimum est atteinte lorsque la valeur d'attente du résultat du procès ne laisse pas le demandeur dans une meilleure position qu'avant d'avoir attaqué en justice.

Si W_p est le patrimoine du demandeur, avant le début de l'action en justice et $E(U_p)$ la valeur d'attente du résultat du procès, le demandeur renoncera alors à sa plainte au moment où $E(U_p) = U(W_p)$ ou

$$P_p W_{pn} + (1 - P_p) W_{pl} = W_p$$

pour le demandeur indifférent au risque. En remplaçant W_{pn} et W_{pl} par leurs équivalences et en résolvant P_p , nous pouvons avoir P_p minimum ou p_p^{\min} à laquelle ou en dessous de laquelle la plainte ne vaut plus la peine d'être réclamée.

$$p_p^{\min} = \frac{rR_p + z rR_d}{D + z rR_p + z rR_d}$$

A ce stade-ci, si la probabilité de réussite évaluée par le demandeur est égale à p_p^{\min} , son montant de règlement sera égal à zéro, c.-à-d. qu'il acceptera un "montant" égal à zéro pour renoncer à sa plainte.

On voit nettement qu'une condition nécessaire pour poursuivre la plainte est que la probabilité minimum "de renonciation" soit inférieure à un, ce qui veut dire que nous devons avoir:

$$D + z rR_p > rR_p$$

ou

$$D > (1 - z)rR_p$$

Une des conditions minimum pour poursuivre la plainte est pour le demandeur que le jugement réel prévu D (à ne pas confondre avec la valeur d'attente du jugement $P_p D$) soit plus élevé que l'élément des frais de justice qui ne sera pas indemnisé malgré la réussite.

Nous rappelons ici au lecteur que pour plus de facilité, nous avons fait cette analyse en supposant que le demandeur était indifférent au risque. Si nous supposons que le demandeur est réfractaire au risque,

comme cela est plus probable, pour que le demandeur soit dans une situation ni pire ni meilleure après le procès qu'avant, nous devons alors écrire:

$$P_p W_{pn} + (1 - P_p) W_{pl} = W_p + e$$

où e est la prime du risque démontrant le fait que pour qu'une personne réfractaire au risque soit exactement dans la même position en termes d'utilité après un procès comportant un risque qu'avant, cela nécessite un certain gain monétaire positif en comparaison du risque du procès. Par résolution de l'équation de p_p^{\min} , nous obtenons donc pour une personne réfractaire au risque:

$$p_p^{\min} = \frac{rR_p + zrR_d + e}{D + zrR_p + zrR_d}$$

Par conséquent plus le degré de crainte du risque est élevé, plus il est probable que le demandeur renoncera à sa plainte.

La probabilité minimum de renonciation variera en sens inverse de D , c.-à-d. $\partial p_p^{\min} / \partial D < 0$. Plus la plainte véritable est grande, c.-à-d. celle qu'on attend si on gagne et non pas celle qui est simplement réclamée, moins les frais de justice deviennent importants et moins la probabilité de renonciation sera grande. Il peut donc valoir la peine de réclamer une plainte très élevée même si la probabilité de réussite est minime.

Au fur et à mesure que la réclamation diminue, la probabilité de "renonciation" augmente. Cela peut entraîner des conséquences importantes pour les plaintes des consommateurs dont nous reparlerons plus loin.

On peut démontrer que la probabilité de "renonciation" varie directement en fonction de R_p et de r (c.-à-d. $\partial p_p^{\min} / \partial R_p > 0$; $\partial p_p^{\min} / \partial r > 0$).

On a vu plus haut que les ressources juridiques seront utilisées jusqu'au point où leur bénéfice marginal est égal à leur coût marginal. Ce point constitue l'utilisation de ressources optimale dans le cas où le demandeur poursuit sa demande. Il peut

cependant constituer une position de moindre perte plutôt qu'un gain maximum. Dans un cas comme celui-ci, il se peut que le demandeur laisse tomber sa plainte et obtienne un montant nul plutôt que de subir une perte en utilité. C'est ce qui peut arriver lorsque, étant donné la quantité optimale de ressources, R_p , la probabilité de "renonciation" est plus grande que l'évaluation de probabilité du demandeur quant à sa réussite.

Finalement nous allons voir comment p_p^{\min} varie en fonction de z , soit la proportion des frais pour laquelle la partie gagnante est indemnisée. A priori, la relation entre p_p^{\min} et z est ambiguë⁷, mais la nature de z et de R_p peut cependant nécessiter qu'on s'y arrête ici davantage. Nous avons supposé jusqu'ici que R_p représentait les ressources juridiques au sens strict du terme et z la proportion du coût de ces ressources que la partie gagnante recevra si "les coûts suivent la cause". Cependant, si nous adaptons notre notion de R_p de façon à ce qu'elle comprenne les frais "en temps, souci, énergie et anxiété" et si, comme c'est le cas, ces frais ne sont normalement pas indemnisés pour la partie gagnante, alors le vrai montant z auquel devra faire face le demandeur quant au total de ses propres frais sera moins élevé que le montant z "juridique" provenant du dédommagement des frais qu'on avait établi jusqu'ici. Et ce montant z véritable que supportera le demandeur, soit z_p , variera en fonction de l'apport des ressources non-juridiques tandis que le montant z relatif aux frais du défendeur reste inchangé.

Par conséquent, lorsque nous écrivons l'équation p_p^{\min} , il serait bon de distinguer pour le demandeur entre z_p et z_d , le dernier étant déterminé seulement par la décision relative aux coûts tandis que le premier est établi par la décision relative aux coûts plus l'apport de ressources non-juridiques du demandeur. On a alors:

7. Les deux varieront en sens direct ou en sens inverse selon que DR_d est plus ou moins élevé que rR_p ($P_p + R_d$) et cette dépendance ne semble pas sensible à l'interprétation économique et juridique.

$$p_p^{\min} = \frac{rR_p + z_d r R_d}{D + z_p r R_p + z_d r R_d}$$

et p_p^{\min} variera en fonction inverse de z_p , ce qui veut dire que pour R_p donné, plus la proportion des éléments de frais non-juridiques pour lesquels le demandeur n'est pas indemnisé est grande, plus la probabilité de renonciation p_p^{\min} sera importante. Ici encore, cela semble s'appliquer parfaitement bien au cas du consommateur.

Nous terminons cet article en remarquant simplement qu'une condition nécessaire pour poursuivre une plainte est que p_p^{\min} soit plus petit que un, ce qui implique que $D > (1 - z_p)rR_p$, et ce qui sera nettement plus difficile à atteindre, plus $1 - z_p$ est grand, c.-à-d. la proportion des ressources totales utilisées par le demandeur et pour lesquelles il ne sera pas indemnisé s'il gagne.

vi) Résumé des facteurs influençant la décision entre règlement transactionnel et procès

Par définition, si le montant de règlement minimum du demandeur est moins élevé que le montant de règlement maximum du défendeur, c'est un marché très avantageux pour les deux parties à la fois qui évitent ainsi les frais d'une action en justice du demandeur contre le défendeur. Les éléments qui composent le montant de règlement de chaque partie sont l'estimation de chaque partie quant à la probabilité de réussite de la plainte, l'importance de la décision judiciaire à laquelle s'attende chaque partie si le demandeur gagne, les ressources que chaque partie utilise dans un procès et le prix d'une unité de ressource et enfin les frais réclamés par un règlement hors des tribunaux.

Plus il est possible pour les parties de se procurer une documentation commune, plus le règlement a de chances de se produire. En effet, si les deux parties ont accès aux mêmes informations, leurs estimations de probabilités et de décision judiciaire devraient se rapprocher. Dans le cas extrême d'égalité d'opinion, il n'y a que les frais de justice qui peuvent empêcher

un règlement. On peut donc dire que les institutions sociales ou juridiques qui aident à supprimer les erreurs, c.-à-d. qui aident les parties à trouver la "vraie" probabilité, favorisent en fait le règlement.

Les frais de justice favorisent le règlement tandis que les frais de règlement l'entravent. Il faut cependant ne pas oublier le fait que le "règlement" peut consister en une renonciation pure et simple de la plainte. Les frais de justice peuvent être tellement élevés, surtout par rapport à l'importance des dommages-intérêts attendus en cas de réussite que le montant de règlement du demandeur devient nul et négatif, c.-à-d que le demandeur abandonne sa plainte sans rien obtenir en échange. Plus la proportion des frais de justice du demandeur qui n'est pas indemnisée est grande, plus il y a de chances d'arriver à un montant nul. Nous faisons remarquer ici qu'il est peu probable qu'il y ait des frais de règlement normaux dans le cas spécial de renonciation de plainte.

Dans la mesure où les parties sont réfractaires au risque, cela augmente les chances d'un règlement. Cependant, cette fois encore, la crainte du risque du demandeur peut avoir tendance à diminuer le montant de règlement du demandeur à un tel point qu'il peut en arriver à renoncer à sa plainte.

Si l'estimation du défendeur quant à la probabilité de réussite du demandeur est plus élevée que l'estimation du demandeur, alors plus le montant des dommages-intérêts sera élevé si le demandeur gagne, plus il y a de chances pour qu'un règlement ait lieu. Si la relation de la probabilité est en sens inverse, alors plus les dommages-intérêts prévus sont élevés, plus il y a de chances pour que les parties aient recours à un procès. Cependant, on peut constater qu'en général, plus les dommages-intérêts prévus sont élevés, plus il y a de chances pour que le demandeur poursuive sa plainte soit par un procès soit par un règlement transactionnel à un montant non nul.

vii) Deux influences relatives aux institutions

On a déjà dit qu'un règlement avait plus de chances de se produire lorsque les deux parties fonctionnent avec la même documentation ou une documentation similaire. Il existe deux caractéristiques qui contribuent au partage de l'information.

La première est le processus d'échange d'information qui se fait dans les litiges civils ordinaires par l'intermédiaire des débats, de l'examen des documents à communiquer et des demandes de production de documents. De cette manière, chaque partie prend connaissance dans une certaine mesure de l'affaire de l'autre, ce qui contribue à rapprocher les estimations de probabilité et à apporter une vue plus réaliste du montant probable des dommages-intérêts au procès. On estime que cet échange d'information contribue largement à expliquer le très faible pourcentage des litiges qui passent en justice.

La deuxième caractéristique est le rôle joué par le précédent juridique. Le procès utilise normalement plus de ressources qu'un règlement et on peut par conséquent le considérer comme une méthode inefficace de résolution de conflits. Par contre, le procès engendre des précédents juridiques et ceux-ci contribuent à accroître la certitude d'un résultat face au droit positif applicable à une situation de faits donnée. Si le flux des précédents est insuffisant, ou dans une situation de prises de décision très aléatoires, il y aura alors beaucoup plus de chances pour que les estimations de probabilités individuelles s'écartent de la probabilité "réelle" de réussite et par conséquent plus il y aura de chances qu'un procès ait lieu quand un règlement transactionnel aurait été plus efficace. Les précédents et le stare decisis favorisent donc le rapprochement des estimations de probabilités. Il est nettement souhaitable que certaines affaires passent en justice; celles pour lesquelles la loi n'est pas claire ou lorsque des modifications des frais pertinents exigent des modifications dans les règlements juridiques. Cependant, nous ne ferons aucune étude ici sur ce qu'est le flux optimal de procès.

4. Cas spécial du consommateur

D'une manière générale, le modèle règlement transactionnel-procès a été développé sans associer de caractéristiques particulières ou uniques ni au demandeur ni au défendeur. Si à partir de maintenant nous considérons le consommateur dans le contexte de ce modèle, les parties deviennent nettement moins symétriques.

Nous nous intéressons ici au consommateur en tant que demandeur ou demandeur potentiel dans une procédure concernant des marchandises défectueuses. Nous n'aborderons pas dans cette étude les consommateurs en tant que défendeurs, ce qui serait le cas dans les procédures de perception de dettes.

Il existe peu de poursuites en justice intentées par les consommateurs pour des questions de produits défectueux et on pense généralement que les consommateurs ne cherchent pas à obtenir des vendeurs ou des manufacturiers une réparation de tort librement consentie. La terminologie de cette étude semble montrer que les consommateurs renoncent souvent à leurs plaintes contre les vendeurs c.-à-d qu'ils font un règlement nul, malgré le fait qu'ils aient des plaintes valables concernant des produits défectueux. Nous allons maintenant voir si le modèle général de règlement transactionnel-procès peut nous aider à comprendre ou à expliquer ce phénomène. Nous rappellerons ici que plus le demandeur est réfractaire au risque et plus ce risque est grand, moins son montant minimum de règlement acceptable sera élevé et plus la probabilité minimum de réussite en dessous de laquelle il ne poursuivra pas la procédure sera élevée.

Il y a plusieurs raisons pour lesquelles nous pouvons nous attendre à ce que les consommateurs éprouvent une plus grande incertitude et qu'ils aient accès moins facilement à la documentation concernant leurs droits juridiques et la validité de leurs plaintes. La variance associée à leurs estimations de probabilités et de dommages plus élevée porte à croire que leur risque est plus grand que celui auquel ont à faire face les entreprises en litige par exemple. Ensuite, plus la proportion du patrimoine total d'une partie qui est représenté par la plainte est grande, plus le risque subi par cette partie est élevé. Un actif diversifié diminue le risque alors qu'au contraire plus l'actif est unifié, plus le risque devient grand, en termes de variance des résultats possibles. On estime que dans l'ensemble des litiges avec les consommateurs, la valeur de la plainte représente une proportion plus élevée de l'actif du demandeur-consommateur que de l'actif du défendeur-chef d'entreprise.

Le modèle règlement transactionnel-procès suggère que plus les frais de justice du demandeur sont élevés par rapport aux dommages-intérêts possibles, plus la probabilité de renonciation est élevée et de même plus la proportion des frais non indemnisés en cas de réussite est élevée, plus la probabilité de renonciation est élevée. Il semble que le consommateur-demandeur moyen se trouve dans ces deux situations. On a déjà dit que les informations et les services juridiques étaient moins facilement accessibles aux consommateurs ce qui implique aussi des coûts par unité de services juridiques achetés plus élevés que les frais encourus par les entreprises commerciales.

Les consommateurs doivent également faire face à un autre problème pécuniaire. En effet, leur utilisation optimale de ressources⁸ peut être plus petite que le montant minimum qu'ils doivent utiliser s'il leur faut avoir recours au système judiciaire. Quel que soit le montant de la plainte, ils sont obligés de passer un certain temps au tribunal, de payer certains honoraires et ainsi de suite. Ces frais fixes peuvent être non seulement plus élevés que les coûts optimaux par rapport à une petite plainte mais aussi plus élevés que la plainte elle-même dans de nombreux cas. La nécessité d'"acheter" une quantité de services raisonnables plus grande que celle requise en réalité par la plainte peut représenter une raison suffisante en elle-même pour que, dans les cas de petites plaintes, la probabilité de renonciation atteigne l'unité.

De plus, on peut également mentionner qu'une grande proportion des frais de justice éventuels ne sont pas indemnisables. Tout d'abord, les frais psychologiques qui ont rapport à l'anxiété, la colère, la frustration etc. ne sont jamais indemnisés dans une décision favorable.

8. Voir Chap. IV, sect. 3(b).

Deuxièmement, il y a beaucoup de frais explicites comme par exemple les frais de transport, de garderies d'enfant, des heures de travail perdues et ainsi de suite qui sont rarement sinon jamais indemnisés par les tribunaux. Troisièmement, la plupart des juridictions imposent des limites relativement basses aux montants admis dans les cours de petites créances⁹ qui sont celles qui ont le plus de chances d'être utilisées par les consommateurs en cas de litige. Cette limite peut être bénéfique pour les nombreux consommateurs débiteurs qui se retrouvent eux-mêmes défendeurs dans le cours de petites créances, mais dans le cas de consommateurs-demandeurs, cette limite ne peut que les dissuader à avoir recours à ces cours. En résumé, on peut dire que la proportion des frais non indemnisés imputée aux consommateurs en litige est probablement beaucoup plus élevée que celle assumée par les parties en litige en général et cette constatation est sans doute une des raisons du taux élevé de renonciation qu'on observe généralement.

Plus la plainte est petite plus la probabilité de renonciation est élevée et si le montant des dommages-intérêts est égal ou plus élevé que celui des frais non indemnisés, l'affaire ne sera pas présentée devant les tribunaux même si elle a toutes les chances de réussir. On estime qu'un très grand nombre de plaintes réclamées par des consommateurs tombent dans cette catégorie.

Nous avons mentionné plus haut que si les frais de règlement sont moins élevés que les frais de justice, cela représente pour la société un bénéfice net en termes d'épargne de ressources si les parties ont recours à un règlement transactionnel et ce bénéfice est acquis quelle que soit la partie qui s'attribue l'épargne. Peut-on dire de même quand il y a règlement nul, le consommateur ayant renoncé à sa réclamation, surtout s'il s'agit d'un consommateur récipiendaire de produits défectueux? On peut répondre qu'il y a bénéfice en termes de ressources épargnées lorsque le demandeur renonce à sa plainte mais pas nécessairement (ou probablement pas) de bénéfice net pour la société. Une probabilité de renonciation élevée pour les

9. P. Sigurdson, Small Claims Courts and Consumer Access to Justice. (Ottawa: Consumer Research Council Canada 1976) p. 55.

consommateurs annule en fait la règle juridique de responsabilité du producteur-vendeur pour les produits défectueux. On a démontré dans le chapitre III qu'en l'absence de cette règle, c.-à-d. sous un régime de responsabilité du consommateur, le nombre de produits défectueux par période sera plus élevé que son optimum social et une perte sociale s'ensuivra. On estime que cette perte en termes d'importance est largement en rapport avec les épargnes de ressources réalisées par la renonciation des plaintes.

Mais on estime également que si on restaure convenablement la règle juridique qui tient le producteur responsable en procurant d'une manière ou d'une autre au consommateur un accès à un arbitrage moins coûteux, cela n'augmentera pas nécessairement l'utilisation des ressources juridiques. Quoique plus de cas impliquant des consommateurs passeraient devant les tribunaux ou devant d'autres systèmes d'arbitrage, on peut également s'attendre à voir un taux plus élevé de règlement à des montants non nuls et moins les frais de justice et d'arbitrage sont élevés et plus les règles de responsabilité d'une manière générale et en fonction de certains produits sont claires, plus on peut s'attendre à ce que les montants de règlement soient élevés.

On ne pense pas qu'il soit possible de mettre les tribunaux ou les autres systèmes de règlement de litiges à la disposition de toutes les plaintes y compris les plus basses. Un consommateur résout le problème d'une pochette d'allumettes défectueuse en la jetant et en achetant une autre. Il peut changer de marque mais si tous les producteurs font face à une règle de responsabilité du consommateur, ils auront tous un taux de défauts plus élevé que l'optimum. Le consommateur qui n'est que très peu incommodé ne met pas en question l'acceptation d'un règlement à un montant nul dans cette situation et il est évident que les frais encourus pour résoudre le litige de quelque manière que ce soit seront beaucoup plus élevés que la valeur du produit. Toutefois, même si la perte individuelle est insignifiante, la perte sociale quant aux taux de défauts plus élevé que l'optimum peut être appréciable et elle le sera certainement quand elle s'additionne sur un grand nombre d'articles peu coûteux. On estime que pour résoudre cette question, il est nécessaire de se dégager des structures traditionnelles d'arbitrage entre demandeur et défendeur. Il existe d'autres solutions comme des procédures plus faciles, des mesures des associations de consommation et les injonctions des agences publiques mais leur évaluation ne rentre pas dans le cadre de cette étude.

CHAPITRE V

CONCLUSION

Un des objectifs de cette étude était d'examiner les facteurs qui influencent les parties plaignantes et particulièrement l'utilisation des tribunes d'arbitrage pour les consommateurs qui portent plainte. Nous pouvons dire en conclusion que nous ne sommes pas en mesure d'identifier une tribune en particulier avec des caractéristiques uniques qui serait capable d'offrir au consommateur une solution de remplacement réaliste à la renonciation à sa plainte.

Nous avons suggéré différentes tribunes avec les propositions diverses comprenant des variantes (ou des combinaisons) des cours de petites créances modifiées, des cours de consommateurs, des conseils ou des agences de consommateurs (qui jouent le même rôle pour les consommateurs que les conseils de relations du travail pour les conflits de travail), des mécanismes intermédiaires et des accès à l'arbitrage. Etant donné la diversité des plaintes déposées par les consommateurs, il est peu probable de trouver un système qui puisse répondre à toutes les exigences. Par exemple, des plaintes d'un montant élevé, disons au-dessus de \$1 000, pourraient très bien être déposées devant les cours de petites créances modifiées. Il est cependant difficile d'envisager qu'une structure comme celle d'une cour puisse être d'un grand secours à un consommateur qui dépose une plainte de, disons, moins de \$100.

Tout système efficace doit comprendre quatre éléments partiellement interdépendants; frais peu élevés, procédures simples, rapidité et publicité. On doit cependant souligner que l'objectif d'un économiste n'est pas d'encourager les consommateurs à avoir recours à des tribunes mais plutôt de leur procurer une solution de remplacement afin de persuader les producteurs/vendeurs de réparer les torts causés aux consommateurs et ceci de plein gré. Nous rappellerons ici que l'économiste ne s'intéresse pas à la justice ou à l'équité, même si ces valeurs traditionnelles peuvent avoir un contenu économique, mais à la bonne ou mauvaise répartition des ressources.

On a vu que la règle de responsabilité du producteur ou du vendeur quant aux produits défectueux était socialement optimale dans la plupart des situations. Mais cette règle ne peut être efficace que si le consommateur a une tribune pour la faire respecter. Il n'est donc que superficiellement paradoxal d'énoncer que si les moyens de recours étaient à la fois faciles d'accès et d'utilisation, rapides et bon marché, la nécessité d'y avoir recours se ferait beaucoup moins ressentir.



QUEEN HF 5353 .S4414 1980
Shapiro, Alan A.
Analyse économique des moye

