

CHAPITRE 8. ANALYSE ECONOMIQUE DES CONTRATS	2
1. INTRODUCTION	2
2. DEUX APPROCHES DE LA THEORIE DES CONTRATS.	2
2.1. UNE VISION NEOCLASSIQUE DU CONTRAT.....	2
2.2. UNE VISION CLASSIQUE DU CONTRAT.....	4
3. RUPTURE DE CONTRAT ET PROCEDURE DE DEDOMMAGEMENT	4
3.1. RUPTURE EFFICIENTE	5
3.2. LA REPARTITION DES DOMMAGES.....	7
4. EVALUER LES DOMMAGES	8
4.1. LE CHOIX DU MODE D'INDEMNISATION	8
4.2. LE CAS DE LA RELATION CLIENT FOURNISSEUR.....	9
<i>a. Dommages positifs</i>	9
<i>b. Dommage négatifs ou expectation damages.</i>	10
<i>c. Coût d'opportunité.</i>	11
4.3. BILAN.....	11
5. RUPTURE IMPARFAITEMENT COMPENSABLE	12
5.1. PREJUDICE MORAL IMPARFAITEMENT COMPENSABLE	13
5.2. LA VALORISATION DE LA VIE.....	15
<i>La pratique des juges</i>	16
<i>La pratique des économistes</i>	16
<i>L'approche Willingness to pay like : la règle Learned Hand</i>	17
<i>Théorie du capital humain</i>	18
6. CONCLUSION	20
ANNEXE SUR LE CAPITAL HUMAIN	21
BIBLIOGRAPHE	22

CHAPITRE 8. ANALYSE ECONOMIQUE DES CONTRATS

1. INTRODUCTION

La promesse est une forme d'obligation morale que s'impose l'individu à lui-même. Sa fonction est de réduire pour autrui l'incertitude sur son propre comportement. Elle devient une obligation légale et donc un contrat, si le juge prévoit une compensation lorsque cette promesse est rompue.

L'échange volontaire, pour sa part, permet à la coopération de se faire sur la base d'un consentement unanime des parties concernées et non sur la base d'un rapport de violence (ex : un maître et son esclave).

Ainsi, en instaurant une certitude dans le comportement des cocontractants, le contrat permet au mécanisme de marché de coordonner les actions individuelles. Enfin, un échange librement consenti veut dire que l'on est libre d'échanger ou de s'en abstenir, de rompre ou de continuer la coopération avec autrui. Cette dernière remarque est essentielle puisqu'il s'agit en fait de maximiser les gains de l'échange.

Les règles du jeu de l'échange volontaire repose sur un principe simple : celui de l'autonomie de la volonté.

2. DEUX APPROCHES DE LA THEORIE DES CONTRATS.

Rappelons que deux visions du contrat peuvent s'opposer :

- la vision néo-classique et classique.
- La seconde est intéressante à énoncer car elle permet de mieux comprendre pourquoi certains proposent de limiter l'intervention du juge. Ajoutons que ces deux visions permettent de conduire à des conclusions très contrastées sur des problèmes de sociétés. Digression sur le lancé de nains, le marché du rein, la prostitution.

2.1. Une vision néoclassique du contrat

On va chercher les conditions nécessaires et suffisantes pour qu'un contrat soit efficient, c'est-à-dire pour qu'il maximise les gains de l'échange.

Le contrat spécifie les conditions pour lesquelles les promesses ont une force obligatoire.

Dans ce cadre, un contrat non parfait est un contrat défaillant. Dès lors, le juge intervient et examine les causes de cette défaillance afin de restructurer les termes du contrat dans l'unique but de le rendre parfait.

Les conditions nécessaires et suffisantes pour qu'un contrat soit parfait :

3 hypothèses sur le comportement individuel.

Ainsi, pour contracter de façon libre et éclairé :

- l'individu doit être rationnel.
- Les préférences doivent être stables.
- L'individu ne doit pas agir sous la contrainte.

4 hypothèses sur l'environnement contractuel.

- Le contrat ne doit pas affecter des tiers.
- Les contractants ont une parfaite information sur la nature et les conséquences de leur choix.
- Il y a un nombre suffisant de partenaires.
- Il n'y a pas de coûts de transaction.

Quand l'une de ces conditions n'est pas respectée, le contrat est imparfait, défaillant.

Bon nombre de doctrines juridiques recouvrent ces imperfections : le vice du consentement, l'erreur, le dol, la lésion ou la fraude, l'incapacité, l'absence de cause, la nécessité, l'asymétrie des relations dans l'échange...

Pour la théorie néoclassique, le juge est le serviteur d'une condition idéale du contrat parfait et non pas des cocontractants. Il peut chercher à imposer aux parties des termes qui correspondent à son idée d'un contrat parfait et non pas à ce que les parties jugent bonnes pour elles.

On conviendra que la réalité économique est bien souvent, pour ne pas dire tout le temps, différente de cette notion de contrat parfait qui n'est autre qu'un absolu.

Il y a donc de nombreuses imperfections dans les contrats.

2.2. Une vision classique du contrat

Pour les classiques, les promesses dans le cadre de l'échange volontaire ont une fonction essentielle dans la coordination des plans individuels ; faire en sorte que les comportements des cocontractants, comme des tiers au contrat, respectent les objectifs visés par l'échange volontaire et soient incités à les poursuivre.

Elles servent aussi à protéger les parties des aléas prévisibles qui pourraient affecter les résultats de l'échange dans un sens non désiré. Ces promesses forment les caractéristiques et les clauses du contrat ou les termes de l'échange.

Elles sont des moyens pour atteindre un objectif : maximiser les gains à l'échange. Dans la vision néoclassique, on va chercher à faire respecter les promesses qui tendent vers la maximisation des gains à l'échange. Dans la vision classique, on ne se préoccupe pas du contenu des promesses ou de savoir si ces promesses permettent de maximiser les gains à l'échange, mais de savoir si ces promesses violent les règles du jeu de l'échange volontaire. En fait, les classiques ont une vision procédurale des contrats.

Dans une telle approche, la fraude, les incapacités et la coercition ou la contrainte sont les seules causes de nullité des contrats. Cette conception du contrat repose sur l'idée que la liberté contractuelle est une procédure de découverte. Le contrat permet de tester la pertinence de nos anticipations dans le futur. Dans le fond, comme dirait F. Hayek : « la liberté contractuelle est au contrat ce qu'est la compétition au marché ».

3. RUPTURE DE CONTRAT ET PROCEDURE DE DEDOMMAGEMENT

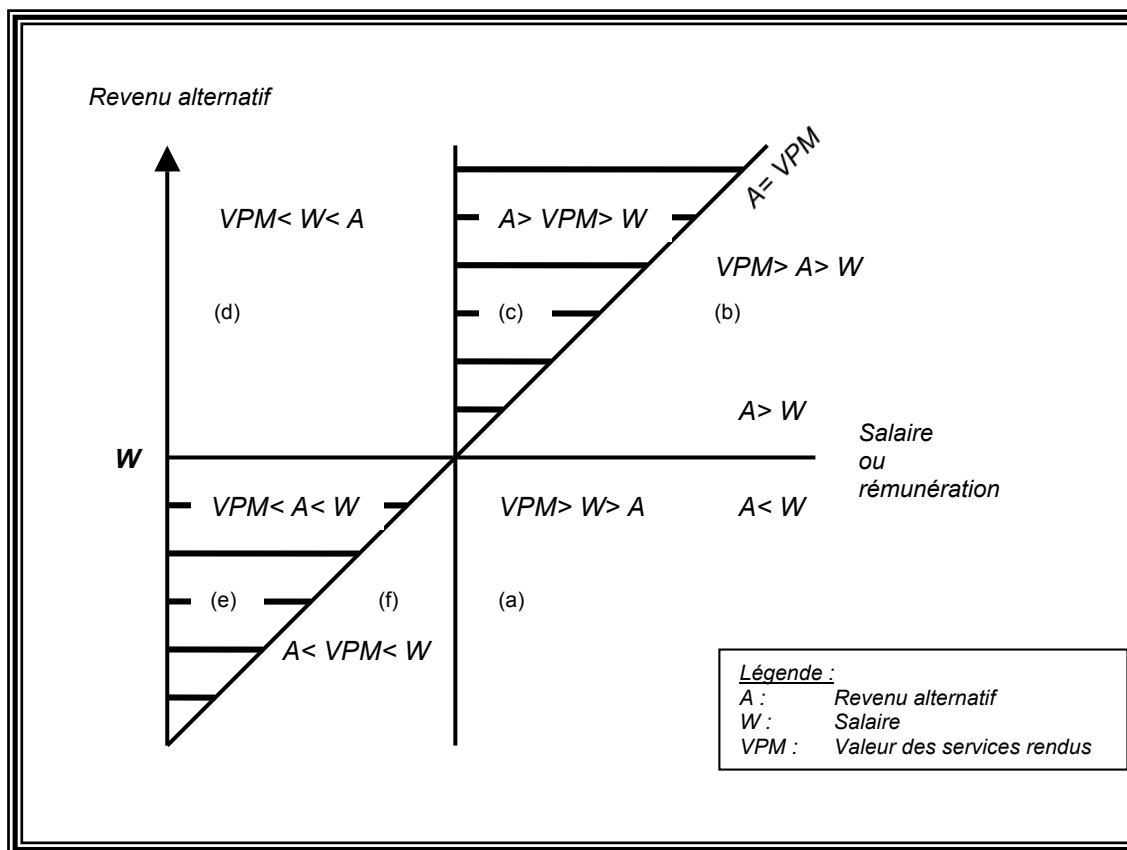
La théorie économique recommande de maximiser le bien-être économique.

En matière de contrats, il peut donc être efficient de dédommager la partie victime de la rupture d'un contrat ou de recommander la non exécution d'un contrat.

Nous allons donc simultanément discuter des cas où il faut rompre ou non un contrat, de la procédure de dédommagement et du mode de calcul des dommages.

3.1. Rupture efficiente

Il convient de rompre le contrat lorsque la mise en œuvre du contrat engendrerait une perte d'efficacité supérieure à sa non réalisation. Exemple, un camion doit livrer Monsieur X, le camion ne part pas car les banlieues sont en flammes. Le client se plaint. Si le coût de voir le camion brûler sur le chemin est supérieur à la perte du client, la justice recommande de ne pas dédommager, car le transporteur a pris la bonne décision. Il convient de prendre en compte le calcul probabiliste pour trancher si les conséquences des émeutes sont aléatoires. Le transporteur ne peut pas arguer du fait qu'il pleut pour ne pas livrer. Il faut que l'événement soit certains et grave.



Partons d'un contrat où un employeur embauche une employée. Cet exemple est facile, mais un peu gênant, car évidemment le marché du travail est un marché où l'asymétrie des relations de force (2 millions de chômeurs, insiders outsiders, etc.) pèse sur le contrat. Disons qu'il s'agit d'un contrat entre Sharon Stone et un réalisateur. Admettons que leur *bargaining power* est équivalent.

Zone (a) $\rightarrow VPM > W > A$: dans cette zone, l'employée n'est pas incitée à quitter son employeur, puisqu'elle obtient une rémunération qui excède ce qu'elle pourrait avoir ailleurs sur le marché du travail. Réciproquement, l'employeur obtient en contrepartie

du salaire versé un service qui vaut beaucoup plus. Lui non plus n'est pas incité à la licencier. Cette zone est une zone où les deux parties ont intérêt à prolonger le contrat.

Zone (b) $\rightarrow VPM > A > W$: l'intérêt de l'employée est de quitter son employeur car elle pourrait trouver un autre employeur plus coopératif. Cette zone est une zone de conflit puisque l'employée a intérêt à rompre le contrat, alors que l'employeur, lui, a intérêt à le prolonger. Il peut la retenir en acceptant d'augmenter son salaire de façon à ce que celui-ci soit juste supérieur à A. De ce fait, elle aura encore un gain positif la dissuadant de quitter son employeur.

Zone (c) $\rightarrow A > VPM > W$: comme le revenu alternatif excède la valeur des services rendus et qu'il est aussi supérieur à la rémunération W que l'employée obtient dans ce contrat de travail, elle est incitée à rompre ce contrat. L'employeur ne peut la retenir.

Zone (d) $\rightarrow VPM < W < A$: la rémunération que l'employée perçoit est bien supérieure à la valeur des services qu'elle rend à son employeur. Simultanément ce qu'elle peut obtenir comme rémunération est inférieure au revenu alternatif qu'elle peut espérer sur le marché du travail. L'employeur n'est pas incité à prolonger le contrat de travail et l'employée est incitée à rompre le contrat. Ils ont intérêt à se séparer à l'amiable. La zone (d) est l'opposé de la zone (a) où tous les deux avaient intérêt à prolonger leur coopération.

Zone (e) $\rightarrow VPM < A < W$: l'employeur est incité à rompre le contrat et l'employée ne peut rien faire pour l'en dissuader. La zone (e) est l'opposé de la zone (c). Les zones (e) et (c) sont les zones où les deux parties ont intérêt à rompre sans qu'une renégociation soit possible.

Zone (f) $\rightarrow A < VPM < W$: la valeur des services rendus par l'employée est toujours inférieure à la rémunération qu'elle obtient dans ce contrat, mais le revenu alternatif sur le marché du travail est inférieur à la valeur des services qu'elle rend à son employeur. Elle acceptera donc une baisse de son salaire jusqu'à ce qu'il soit égale à la valeur des services rendus.

Ce graphique nous montre quand et pourquoi il est efficient de rompre le contrat ou de le prolonger et simultanément il nous montre quand il y aura un conflit et peut-être un arbitrage en justice.

Les zones (c), (d) et (e) sont des zones de rupture. Seule la zone (d) est une zone de rupture où les deux parties consentent unanimement à rompre le contrat. Dans les deux autres cas, la rupture est le fait de l'une des parties qui à intérêt à rompre alors que l'autre si oppose. Un conflit apparaît. La rupture comme la prolongation du contrat créent un dommage à l'une ou l'autre des parties.

3.2. La répartition des dommages

Le choix de la procédure de dédommagement va affecter la répartition des dommages entre les parties.

Si maintenant, on suppose que le licenciement est interdit.

Dans l'exemple ci-dessus, l'employée qui ne peut obliger son employeur à la garder parce que la valeur des services qu'elle rend est si faible que même une baisse de la rémunération à la hauteur des revenus alternatifs ne suffit pas à inciter l'employeur à la garder, est protégée par cette interdiction de rompre le contrat (zone (e)). Cette protection se fait à l'encontre de l'employeur qui est obligé de supporter une employée dont la valeur est discutable. Le dommage est mesuré par la différence $W - VPM$.

D'autre part, toujours dans le cadre de l'interdiction, l'employée qui aurait pu pour conserver son emploi accepter une moindre rémunération (zone (f)) n'est pas obligée de faire de telles concessions. Les deux parties supporteront un dommage qu'ils n'auraient pas supporté en l'absence de cette loi. Cela est également vrai pour la zone (b). L'interdiction de licencier ou de partir fait supporter un dommage aux partenaires qui veulent rompre.

En effet, en dehors de la zone (a) pour laquelle les deux parties au contrat désirent le prolonger, dans toutes les autres zones au moins l'une des parties trouve avantageux de rompre. Avec cette interdiction, on est sûr que les partenaires qui ne peuvent empêcher la rupture, ne supporteront pas les dommages de celle-ci (zones (c) et (e)) mais cela se fait au détriment des partenaires se situant dans les zones (b) et (f) qui auraient pu avec des concessions, prolonger unanimement le contrat, et au détriment des partenaires de la zone (d) qui jugent que la prolongation du contrat entraîne un coût pour chacune des parties.

Si maintenant, on suppose que le licenciement est autorisé, l'employeur licencie, et cette fois, c'est l'employée qui supporte un dommage mesuré par la différence entre W et A . avec une telle loi, la seule chose dont on soit certain est que les partenaires

qui ne rompent pas sont ceux pour qui la prolongation du contrat est consentie unanimement : zones (a), (b) et (f). Dans un tel cas, les seules parties pénalisées sont celles appartenant aux zones (c) et (e).

4. EVALUER LES DOMMAGES

Nous allons tester les conséquences sur le niveau des dommages du choix d'une procédure de calcul. Nous montrerons que certaines procédures conduisent systématiquement à des dommages plus élevés. Le choix entre les procédures se fait en fonction de paramètres que nous préciserons.

4.1. Le choix du mode d'indemnisation

Pour mesurer le dommage, il existe trois techniques dans le droit américain pour sanctionner les manquements au contrat.

En droit, français, la doctrine évolue depuis les arrêts du conseil d'Etat dont les considérants peuvent être interprétés selon la même grille.

Retenons le droit américain. Les méthodes de détermination des dommages et intérêts compensatoires présentées jusqu'à présent sont limitées par une hypothèse forte : l'existence d'une alternative substituable à la transaction. En effet, c'est cette substitution qui permet de parvenir à une compensation parfaite. Or, il existe de nombreux cas où la substitution n'est pas possible, par conséquent, la compensation imparfaite.

1. On inclut une clause spécifiant la pénalité que devra supporter celui qui ne tient pas ses promesses. (*liquidated damage*)
2. Le juge fixe une réparation financière pour la partie lésée. (*legal remedy ou legal relief*)

Dans le cas des legal remedy, il existe trois mode de calcul des dommages assez différents : Dommage positif ou reliance damage, Dommage négatifs ou expectation damages, Coût d'opportunité.

3. Le juge oblige la partie qui n'a pas tenu ses promesses, à les respecter. On parlera d'obligation de performance. (*specific performance*)

Le choix de la procédure de dédommagement va affecter la répartition des dommages entre les parties.

Dans le cas des legal remedy, il existe trois mode de calcul des dommages assez différents : Dommage positif ou reliance damage, Dommage négatifs ou expectation damages, Coût d'opportunité.

4.2. Le cas de la relation client fournisseur

a. Dommages positifs

Un premier mode de détermination concerne les préjudices subis lorsqu'un engagement attendu n'a pas été tenu.

Le montant des dommages et intérêts est alors déterminé sur la base de la valeur espérée que l'engagement tenu aurait dû rapporter à la victime. On nomme cette forme de dommages et intérêts dommages positifs¹. Ils sont destinés à garantir à la victime d'une rupture de contrat de bénéficier d'un niveau de richesse comparable que la performance ait été accomplie ou non. On parle également de *reliance damages* : Il s'agit de maintenir le niveau de richesse de la partie lésée par le contrat.

Le contrat implique deux parties : un fournisseur et une entreprise. On peut illustrer avec une comédienne et un réalisateur.

Ainsi, il convient de distinguer deux cas.

Fournisseur fait défaut. On se situe à la date t_0 , A1 offre une quantité X d'un bien à B au prix P_1 pour la date t_1 . Supposons qu'il existe un second fournisseur A2 qui propose le même bien à un prix P_2 pour la même date. B choisit A1 car $P_1 < P_2$. Peu avant t_1 , A1 fait défaut. B se voit dans l'obligation d'acheter X au prix du marché en t_1 , $P_3 > P_2$.

Client fait défaut. Dans cet exemple, l'engagement attendu de la part de A1 n'a pas été tenu. On se situe donc dans le cadre de dommages positifs. Pour placer B dans la même position que si A1 avait tenu son engagement, il faut que A1 verse la différence payée par B du fait de l'achat de X à un prix supérieur à celui fixé dans le cadre du contrat. On applique une formule dite « formule du prix de substitution » qui vaut dans le cas présent : $X(P_3 - P_1)$.

Elle permet à la victime de recouvrer le coût supplémentaire qu'elle a encouru en substituant une nouvelle transaction à la transaction défailante. Ce premier cas concerne donc les situations où le fournisseur fait défaut et où il existe un bien substituable à la transaction défailante.

On peut également rencontrer un second cas de figure où cette fois, le client fait défaut. En t_0 , B s'engage à acheter X unités d'un bien à A1 en t_1 . Sur la base de cet engagement, A1 s'approvisionne au prix $P1'$. Peu avant t_1 , B annonce qu'il fait défaut. Dans le même temps, les prix chutent à $P3' < P1'$. En revendant le bien en t_1 , A1 enregistre des pertes. L'application de la formule précédente au cas où le client fait défaut implique d'attribuer à A1 les dommages et intérêts suivants : $X(P1' - P3')$.

Nous allons maintenant étudier les mêmes cas en leur attribuant non plus des dommages positifs mais des dommages négatifs et des dommages de coûts d'opportunité.

b. Dommage négatifs ou expectation damages.

Le deuxième mode de détermination des dommages et intérêts concerne les préjudices subis alors que la victime s'est placée, en raison du contrat, dans une relation de dépendance par rapport à la conclusion du contrat.

Il faut maintenir le niveau de richesse que l'individu avait anticipé. Maintenir le niveau de richesse de la partie lésée revient à attribuer un prix minimum que l'employée accepterait pour que le patron rompe le contrat. Inversement, maintenir l'employée au niveau de richesse qu'il avait anticipé correspond à instaurer un prix maximum que le patron serait prêt à payer pour rompre le contrat.

Fournisseur fait défaut. Dans le cadre des dommages négatifs, le premier cas se révèle trivial. En cas de défaut du fournisseur, le client se retrouve dans la même situation que s'il n'y avait pas eu de contrat. Il ne peut donc pas prétendre recevoir des dommages négatifs puisqu'il ne se retrouve pas lié par ce contrat. Ainsi, quand le fournisseur fait défaut et qu'il existe un bien substituable, les dommages négatifs sont nuls.

Client fait défaut. La solution du second cas est la même que dans le cas des dommages positifs. Cependant, la formule de détermination du montant des dommages et intérêts s'interprète d'une manière différente. On la nomme formule de

¹ On trouve également l'appellation *lucrum cessans*.

l'« *out-of-pocket-cost* ». Elle confère à la victime de la rupture du contrat la différence entre les coûts engagés en vertu de la confiance en l'existence du contrat et la valeur de revente des investissements effectués après la rupture de ce contrat. Il s'agit donc effectivement de rendre la victime indifférente entre subir un préjudice compensé et ne pas contracter.

Cette forme de dommages et intérêts est donc assez proche de la précédente.

c. Coût d'opportunité.

Le troisième mode de détermination des dommages et intérêts revient à considérer que l'engagement contractuel est une perte d'opportunité.

En cas de rupture du contrat, on peut également choisir de dédommager la victime en la plaçant dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait choisi la meilleure opportunité alternative (*best next alternative*). Cette forme de dommages et intérêts est appelée dommages de coûts d'opportunité. Elle laisse la victime d'une rupture de contrat indifférente entre cette rupture et le choix de la meilleure opportunité alternative.

Fournisseur fait défaut. Dans le cadre du premier cas présenté, si le client n'avait pas contracté avec A1, il l'aurait fait avec A2 au prix P2. C'est la situation qui sert de référence au calcul des dommages de coûts d'opportunité. Le dédommagement de B consiste à lui rendre la perte réalisée en recourant au marché plutôt qu'à A2 en t1, sous l'hypothèse que $P2 < P3$. Il reçoit ainsi $X(P3 - P2)$.

Client fait défaut. Dans le cas où la rupture de contrat est le fait du client, en anticipant l'achat le fournisseur A1 perd l'opportunité de vendre son bien à A2 au prix P2' et se trouve contraint de le vendre au prix P3' en t1. Si on suppose que $P2' > P3'$, la perte d'opportunité de A1 s'élève à $X(P2' - P3')$. En d'autres termes, les dommages de coûts d'opportunités parfaits sont égaux à la différence de valeur entre d'une part, la quantité de biens échangée au prix de la meilleure opportunité alternative et d'autre part, la quantité de ce bien échangée au prix de marché.

4.3. Bilan

Le calcul du montant des dommages et intérêts compensatoires doit prendre en compte deux facteurs.

D'une part, il dépend du mode de détermination des dommages, d'autre part.

D'autre part, il dépend de la partie à l'origine de la rupture du contrat.

On peut résumer les résultats obtenus à l'aide du tableau suivant :

Tableau 1. Détermination du montant des dommages et intérêts en cas de rupture contractuelle dans le cadre de la relation client fournisseur

	Défaillance du fournisseur	Défaillance du client
Dommages positifs	$X(P3-P1)$	$X(P1'-P3')$
Dommages négatifs	0	$X(P1'-P3')$
Dommages de coûts d'opportunité	$X(P3-P2)$	$X(P2'-P3')$

Rappelons que l'on a la relation d'ordre suivante : $P1 < P2 < P3$.

D'autre part, si l'on suppose que $P1' < P2'$ (dans le cas contraire, A1 n'aurait pas intérêt à fournir A2), on obtient également : $P3' < P1' < P2'$.

Par conséquent, dans le cadre de la défaillance d'un fournisseur, le montant des dommages et intérêts compensatoires s'ordonne de la manière suivante : dommages positifs > dommages de coûts d'opportunité > dommages négatifs.

Dans le cadre d'une défaillance du client, l'ordre est modifié. dommages de coûts d'opportunité > dommages négatifs = dommages positifs.

Cependant, ces relations ordre n'ont qu'une faible importance.

En effet, dans tous les cas, en appliquant les formules ci-dessus, la compensation est parfaite. L'existence de relations d'ordre indique toutefois qu'il est important, d'une part, de bien déterminer à qui incombe la rupture du contrat, d'autre part, de bien qualifier la situation, ie déterminer s'il s'agit d'une perte d'opportunité, d'un investissement réalisé à perte en raison de la confiance en l'existence du contrat, ou d'une substitution sous optimale.

En d'autres termes, ces relations d'ordre soulignent l'importance de la qualification des faits par les juges. En effet, une erreur de qualification entraînerait un défaut de compensation (sauf si l'erreur consiste à allouer des dommages négatifs plutôt que positifs, ou inversement), à un fournisseur en cas de défaillance du client. Dans ces deux cas, le montant compensatoire est identique.

La compensation est donc étroitement liée à l'interprétation des juges.

5. RUPTURE IMPARFAITEMENT COMPENSABLE

Bon nombre de dommages sont difficilement compensables. L'imperfection de la compensation peut provenir de deux facteurs.

D'une part, il existe de nombreux biens qui ne sont pas échangés régulièrement ou qui sont uniques comme les œuvres d'art. La détermination du prix de réservation pour ces biens est plutôt un problème d'ordre pratique que conceptuel. C'est pourquoi nous ne traiterons pas explicitement de leur analyse.

D'autre part, lorsqu'on s'intéresse à la compensation d'un préjudice moral. Il est en effet extrêmement délicat d'imputer une valeur monétaire au préjudice subi, cette imputation étant bien souvent subjective.

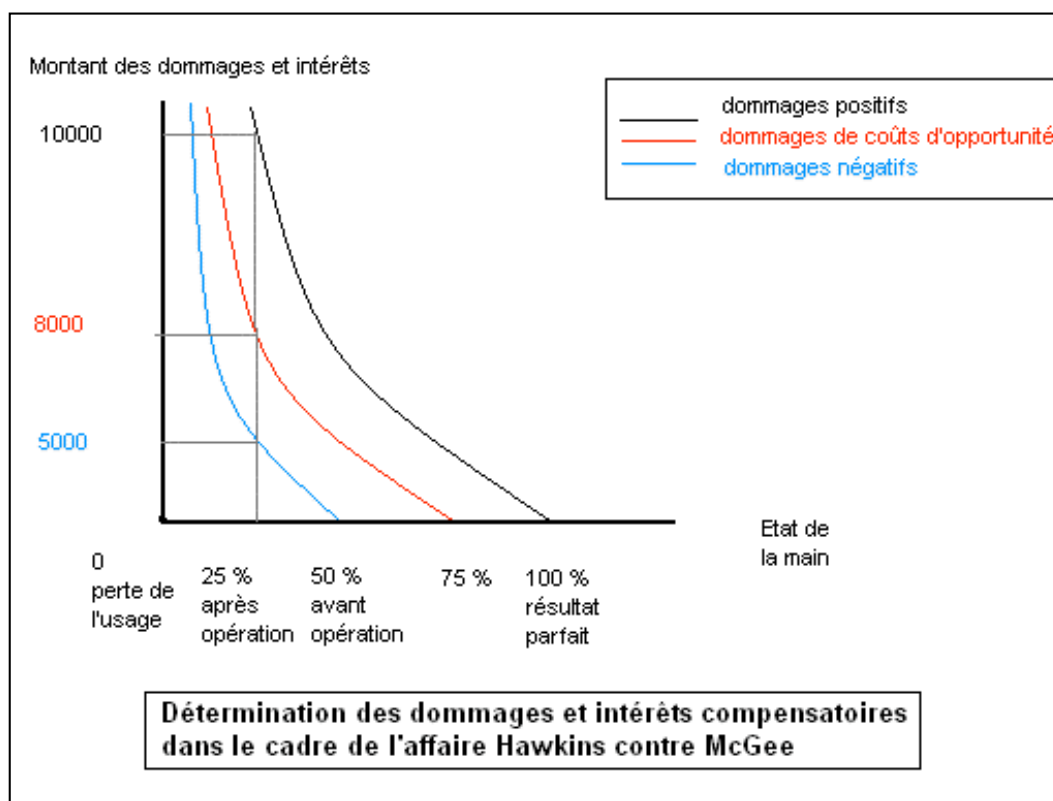
5.1. Préjudice moral imparfaitement compensable

Nous discuterons ce problème en présentant le cas célèbre de *la hairy hand*² aussi connu sous le nom de l'affaire Hawkins contre McGee.

Cette affaire a opposé Georges Hawkins à son médecin de famille le docteur McGee. Georges Hawkins avait une cicatrice sur la main, survenue à la suite d'un accident d'enfance. A l'âge de 18 ans, sur les conseils de son médecin il s'est fait greffé de la peau de sa poitrine afin de faire disparaître les séquelles de l'accident. Le résultat s'est avéré catastrophique. La cicatrice a été élargie et s'est couverte de poils de manière irréversible. Hawkins a alors engagé des poursuites contre son médecin traitant en arguant du fait que ce dernier avait failli à sa promesse de rendre à sa main son aspect initial. On peut se demander quel type de dommages et intérêts compensatoires octroyer à Georges Hawkins.

Robert Cooter et Thomas Ulen proposent un schéma récapitulatif qui exprime en fonction de l'état de la main, le montant des dommages et intérêts compensatoires selon leur type : dommages positifs, négatifs et de coûts d'opportunité.

² Nous reprenons ici la présentation faite de ce cas, *the case of the hairy hand*, par Robert Cooter et Thomas Ulen. Cooter R. et Ulen T., *op. cit.*, pp. 243-247.



L'axe des abscisses indique les différents états possibles de la main.

L'axe des ordonnées indique quant à lui le montant des dommages et intérêts compensatoires.

Les courbes indiquent le montant nécessaire pour obtenir une compensation parfaite en fonction du préjudice subi.

Le long de ces courbes, le bien être du patient reste inchangé car la variation du préjudice est compensée par une variation équivalente de la compensation, on peut donc les assimiler à des courbes d'indifférence.

Dans le cadre des dommages positifs, McGee avait promis de rendre son aspect antérieur à la main d'Hawkins. S'il y était parvenu, l'état de la main du patient aurait atteint 100% et aucune compensation n'aurait été nécessaire. Supposons qu'après l'opération, l'état de la main soit de 25% (le préjudice initial étant estimé à une dégradation de 50%). On détermine graphiquement le montant des dommages positifs nécessaires à la compensation en lisant l'ordonnée du point de la courbe des dommages positifs correspondant à un état de la main de 25%, soit 10000€.

Pour les dommages négatifs, la situation de référence est celle où Hawkins n'aurait pas subi de greffe. Dans ce cas, sa main serait restée à un état de 50%. Dans ce cas, on lit le montant compensatoire sur la courbe bleue, 5000€.

Dans le cas des dommages de coûts d'opportunité, on a fait l'hypothèse que la meilleure alternative possible aurait rétabli la main à hauteur de 75%. On lit le résultat sur la courbe rouge, 8000€.

Finalement, on retrouve la même hiérarchie des montants que celle établie à la section précédente :

Dommages positifs > dommages de coûts d'opportunité > dommages négatifs

Cependant, ce cas reste un cas d'école. On ne juge le résultat de l'opération que d'un point de vue clinique. On ne prend en effet en compte que l'état de la main. Cependant, on pourrait également considérer l'impact psychologique de l'opération. En d'autres termes, les dommages moraux. Dans ce cas, le tracé des courbes se trouve modifié et remet en cause l'ordre des dommages et intérêts compensatoires présenté ci-dessus. La relation entre l'ampleur du préjudice subi et sa compensation monétaire devient alors subjective.

Robert Cooter et Thomas Ulen citent également le cas d'un contrat de livraison d'un diamant qui appartenait à la grand-mère de l'acquéreur. Ce dernier achète alors une bague pour des raisons sentimentales afin d'enchâsser le diamant. Ce faisant, il est prêt à payer la bague à un prix supérieur au prix de marché³. Si le livreur faillit au contrat, des dommages positifs parfaits devraient égaler la valeur subjective de la bague avec son diamant. Cependant, lorsque les tribunaux fixent les dommages positifs, ils se réfèrent au prix de transaction de la bague. Dans ce cas, les dommages négatifs équivalant à la valeur réelle de la bague excèdent les dommages positifs. Cette situation reflète la difficulté de valoriser la valeur subjective des biens comme leur dimension sentimentale. Elle met également en avant la difficulté de réparer une défaillance contractuelle alors qu'initialement, le contractant lésé avait fait « une erreur » en contractant.

5.2. La valorisation de la vie

Beaucoup s'interrogent sur la pertinence de la compensation monétaire à la perte de la vie humaine. Ces interrogations ne se situent pas uniquement sur le plan moral,

³ On suppose que le vendeur reste de bonne foi.

mais portent également sur l'imperfection par nature d'une telle compensation. Dans ce domaine, la pratique des juges diffère de celle des économistes. Nous présenterons successivement ces deux analyses.

La pratique des juges

La pratique des juges est qualitative. Nous présenterons la pratique des juges aux États-Unis et en France dans la mesure où des différences notables existent entre les deux pays car ce ne sont pas les mêmes acteurs qui déterminent le montant des dommages et intérêts.

Aux États-Unis, la détermination du montant est souvent du ressort du jury alors qu'en France il s'agit quasi exclusivement de celui des juges. Dans les deux cas il leur est demandé d'effectuer cette détermination aux vues des éléments fournis, ce qui la rend éminemment subjective⁴.

Cette démarche, très qualitative, peut être opposée à celles préconisées par les économistes.

La pratique des économistes

Pour déterminer le prix d'une vie humaine, les économistes se placent dans la logique du calcul. Le prix de la vie humaine est défini comme le consentement à payer pour une réduction du risque de mortalité. Nous présenterons deux méthodes. La première, inspirée de la règle du juge Learned Hand, se base sur une analyse coût-bénéfice de la précaution, tandis que la seconde découle de la théorie du capital humain.

⁴ Dans le cas des États-Unis, Robert Cooter et Thomas Ulen déplorent l'absence de cohérence dans les recommandations faites aux membres du jury. Ils citent ainsi les recommandations faites au Massachusetts :

« La réparation pour une mort non naturelle représente les dommages et intérêts qu'il faut verser aux survivants pour la perte de revenu entraîné par le décès... Il n'existe pas de formule particulière légale à partir de laquelle procéder à la détermination du montant de ces dommages et intérêts... Il est de votre devoir d'estimer ce qui est approprié et juste. Vous devez pour ce faire recourir à votre sagesse, votre jugement et votre sens de la justice élémentaire pour exprimer en dollars le montant qui compensera pleinement, raisonnablement et de façon juste, le décès de la victime. Vous devez être guidé par le sens commun et votre conscience aux vues des preuves qui seront présentées... »

Cooter R. et Ulen T., *op. cit.*, p. 369.

Les membres du jury doivent ainsi suivre le sens commun. L'appréciation du montant compensatoire est donc extrêmement qualitative.

L'approche Willingness to pay like : la règle Learned Hand

L'analyse coût-bénéfice considère que toute activité est l'objet d'un risque de décès. On peut réduire ce risque, mais ceci est coûteux.

Cette règle repose sur l'arbitrage entre les coûts et les bénéfices de la prise de précaution. Considérons l'exemple d'un accident automobile. On peut réduire la probabilité d'avoir un accident mortel en s'équipant en accessoires de sécurité comme *l'air bag* ou le système antiblocage des freins. Cette règle suppose que l'on connaisse précisément la relation entre le coût des accessoires de sécurité et la réduction de la probabilité d'avoir un accident qu'ils permettent. On a alors la relation suivante :

Diminution marginale de la probabilité d'accident * valeur de la vie humaine = coût marginal de précaution

La validité de cette relation repose sur une hypothèse forte. Il faut en effet que les prix de marché reflètent fidèlement le lien entre coût marginal de précaution et diminution de la probabilité d'accident.

Il faut en outre que les agents adoptent effectivement un comportement rationnel en cherchant à minimiser les coûts de précaution.

Dans le cas des États-Unis, Robert Cooter et Thomas Ulen relèvent qu'empiriquement, il apparaît que dans le cas des accidents de la route, la valorisation de la vie humaine en appliquant cette règle conduit à un montant supérieur au montant moyen déterminé par les cours de justice.

Ils préconisent son adoption pour deux raisons.

- La première est qu'elle devrait conduire selon eux à une rationalisation de la compensation ce qui, à terme, aurait des effets bénéfiques en termes d'incitation à la précaution.
- - La seconde, qu'ils ne justifient pas, est que ceci devrait permettre de réduire les inégalités, notamment entre homme et femme. Il apparaît en effet qu'aux États-Unis, toutes choses égales par ailleurs, une vie masculine soit plus valorisée par les jurys qu'une vie féminine⁵.

⁵ Cooter R. et Ulen T., *op. cit.*, p. 371.

Problèmes : l'évaluation de la vie humaine selon cette procédure dépend des individus et des procédés.

Deux individus ne valorisent pas autant la vie humaine. Peut-on agréger des valorisations hétérogènes ?

Deux dispositifs peuvent conduire à éviter la mort et conduire à des valeurs de vie humaine différents (préservatifs versus suppléments vitaminés). En fait, un dispositif protège d'un bundle mort+dégradation+etc donc la valeur déduite diffère.

Cette méthode d'évaluation du coût d'une vie humaine n'est toutefois pas la seule rencontrée en économie. Il est ainsi fréquent de recourir à la théorie du capital humain que nous allons présenter maintenant.

Toutefois cette approche est prisée par les économistes car elle est fondée sur la révélation des préférences des individus via l'observation de leur willingness to pay.

Théorie du capital humain

La théorie du capital humain est née du fruit des travaux de trois auteurs : Gary Becker, Jacob Mincer⁶ et Theodore Schultz⁷. Gary Becker systématise l'ensemble de ces travaux dans un ouvrage de 1964 consacré à l'étude du capital humain⁸. Il y définit le capital humain comme l'ensemble des savoirs et aptitudes acquis par l'individu susceptible d'être valorisé sur le marché du travail. Ce capital humain en tant que capital ne peut être acheté ni vendu. Il appartient à l'individu dans lequel il est incorporé. Le capital humain est donc distinct du capital physique. Cependant, pour Gary Becker, on peut traiter ces deux types de capitaux avec les mêmes outils analytiques. Il applique donc au capital humain la théorie économique de l'investissement. Investir en capital humain consiste à accroître les compétences des individus ainsi que leur productivité. Le coût du décès d'un individu est donc défini comme la perte de production future qu'il implique.

L'intérêt de cette théorie est qu'elle ne nécessite que des données facilement disponibles dans les systèmes de comptabilités nationales (tables de mortalité par âge, sexe, profession, revenus par profession, etc.).

⁶ Mincer J. [1974], *Schooling, Experience and Earnings*, NBER, New-York, Columbia University Press.

⁷ Schultz T. [1961], « Investment in Human Capital », *American Economic Review*, 51, pp. 1-17.

⁸ Becker G. [1964], *Human Capital*, New-York, Columbia University Press.

La valeur de la vie humaine est égale au flux de revenu actualisé entre la date présente et la date de la prise de la retraite.

$$V_{t0} = W_0 + \frac{W_{t_1}}{(1+r)^1} + \frac{W_{t_2}}{(1+r)^2} + \dots + \frac{W_{t_n}}{(1+r)^n}$$

$$V_{t0} = \sum_{t_0}^{t_n} \frac{W_{n+1}}{(1+r)^n}$$

Avec V_{t0} , valeur de la vie actualisée,
 R , le taux d'actualisation,
 t_0 , date présente,
 t_n , date de la prise de retraite.

Cette méthode n'est pas basée sur l'observation des préférences. Ce n'est pas tant la mesure de la vie pour et selon les individus mais plutôt la perte pour la société. Et encore, il faut alors faire l'hypothèse que les facteurs de productions sont pleinement employés (pas de chômage).

La mesure par le capital humain mesure plutôt le *social cost* pour la collectivité, c'est-à-dire le coût pour la collectivité de la perte d'un individu en prenant comme inidcateur du coût de la perte de la vie d'un individu donné, la valeur de la vie de la next best alternative, c'est-à-dire, l'individu moyen.

Observons les points suivants.

Plus l'individu est riche, plus la perte est grande.

Plus il est jeune, plus la perte est importante.

La perte est nulle après l'âge de la retraite. Il y a là un artifice de calcul. Si l'individu gagne 10 en période 1 et 10 en période 2, il a gagné 20 en net. Supposons le taux d'actualisation égal a 1. Il a cotisé, 5 et 5, il touche 10, durant l'année de vie statistique qui lui reste (avec un équilibre du régime des retraites). La valeur de sa vie est donc en début de période 1 : 10+10 et ensuite 0= 20 ou 10-5+10-5=10 +10= 20.

Ces trois constats sont cohérents avec le concept de coût d'opportunité mais soulignent combien l'approche capital humain est peu compatible avec la norme de la welfare economics.

Cette méthode est très employée car elle facile à mettre en œuvre. En France, le rapport Boiteux évalue la vie a 1 millions d'euros pour 80 ans et 15.000 euros par année de vie.

6. CONCLUSION

La société contemporaine est une société contractuelle. Le droit joue un rôle essentiel dans la réalisation des échanges en permettant la compensation des ruptures de contrat. Cependant, cette compensation n'est bien souvent qu'imparfaite en raison de la difficulté rencontrée par les magistrats pour qualifier correctement les circonstances de la rupture du contrat mais également de la non existence de biens substituables à la transaction défailante, ce qui est le cas pour la plupart des dommages moraux. Ceci pose la question de la pertinence de la compensation monétaire des défaillances contractuelles.

ANNEXE SUR LE CAPITAL HUMAIN

Les hypothèses de la théorie sont les suivantes :

Les individus sont rationnels et maximisent leur utilité sur un horizon intertemporel. Les marchés fonctionnent en concurrence parfaite. Le comportement des individus est cohérent dans le temps.

On peut présenter la théorie du capital humain selon plusieurs approches. Nous avons choisi de présenter celle dite par la fonction de production. Cette approche est la plus simple d'accès et a été proposée en 1967 par Yoram Ben Porath⁹. Il considère qu'un individu absorbe h unités de capital humain par unité de temps avec

$h = \dot{H} = \frac{dH}{dt}$ la variation du stock de capital humain par unité de temps. Il introduit

également m compris entre 0 et 1, le temps de formation, ainsi que q la quantité de biens et services utilisée par l'individu pour se former. H représente le capital humain. Ceci permet d'écrire l'équivalent d'une fonction de production $h = \alpha(mH)^\beta q^\gamma$. Ce qui influe sur la capacité d'un individu à se former est donc son stock initial de formation H et les facteurs β et γ qui traduisent la capacité des individus à utiliser les différents inputs.

Le bouclage du modèle de Yoram Ben Porath revient à maximiser les revenus du travail individuel sur l'ensemble de la vie active potentielle. L'individu cherche à déterminer le niveau optimal d'investissement en capital humain (m , q) pour maximiser son revenu. L'optimum est atteint quand le coût marginal égale la recette marginale. On peut ainsi déterminer m^* . Yoram Ben Porath identifie deux phases au cours de la vie d'un individu. Lors de la première phase, H est trop petit pour atteindre l'optimum, on a $m > 1$. On se trouve dans une situation d'équilibre en coin. L'individu passe tout son temps à se former. Dans la seconde phase, H devient assez grand. L'individu peut choisir un niveau d'investissement compris entre 0 et 1.

Quand H augmente, la productivité de m croît également (par conséquent le coût marginal de l'investissement en formation diminue). En ce qui concerne la recette marginale, la hausse du capital humain accroît les revenus perçus jusqu'à la cessation d'activité. Cependant, plus le temps passe plus la hausse de revenus résultant de l'accroissement en éducation est perçue sur un temps court, ainsi plus le

⁹ Ben porath Y. [1967], « The production of Human Capital and the Life Cycle of Earnings », *Journal of Political Economy*, 75, pp. 352-365. On peut également citer Mincer qui a proposé une approche par les taux de rendements.

temps passe plus la recette que l'on peut tirer de l'investissement en formation est réduite.

BIBLIOGRAPHE

AYRES I., GERTNER R. (1989) « Filing Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules » 99, *Yale Law Journal*, 87.

AYRES I. et TALLEY E. (1995), « Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement To Facilitate Coasean Trade », *The Yale Law Journal*, 104, pp. 1027-1117

BARZEL Y. (1989), *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press

BECKER G. (1968) "Crime and Punishment : an Economic Approach ", *Journal of Political Economy*, n° 76.

BEN PORATH Y. [1967], « The production of Human Capital and the Life Cycle of Earnings », *Journal of Political Economy*, 75, pp. 352-365

BENSON B. L. (1989), « The Spontaneous Evolution of Commercial Law », *Southern Economic Journal*, vol. 55, pp. 644-661.

BERSTEIN L. (1996), « Merchant Law in a Merchant court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms », *University PA. Law Review*, pp. 1765.

BROUSSEAU E. ; J.M. GLACHANT (2000) « Economie des contrats et renouvellement de l'analyse économique », *Revue d'économie Industrielle*, n° 92.

CALABRESI G. ; MELAMED D. (1972), « Property Rules and Inalienability : one View of the Cathedral, 85, *Harvard Law Review*, pp 1089.

CALABRESI G. ET MELAMED D. (1972), « Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, 85, pp. 1089-1129.

CHANG H. (1991) « Patent Scope, Antitrust Policy, and Cumulative Innovation », *Harvard Law School Program in Law and Economics*, Discussion Paper number 96.

COASE R.H., 1960, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol n°.3-1, pp 1-44

COOTER R. et ULEN T. [2004], *Law and Economics*, Pearson International Edition.

COOTER R. (1994), « Structural Adjudication and the New Law Merchant: a Model of Decentralized Law, *International Review of Law and Economics*, 14, pp. 215-231.

COOTER R. (1982), « The Cost of Coase », *Journal of Legal Studies*, 11, pp. 1-34.

DEFFAINS B. (dir) [2002], *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas (éd.)

DEFFAINS B.(2000) « La responsabilité civile » *Revue d'Economie Politique*, n° 110.

FARELL J. (1987), « Information and the Coase Theorem », *Journal of Economic Perspective*, 1, pp. 113-129.

FRIEDMAN D. « *Law and Economics* » *The New Palgrave : A Dictionary of Economics*, Mc Millan.

FRIEDMAN D. « *Posner* » *The Palgrave Dictionary of Law and Economics*, Mc Millan.

FRIEDMAN D. « Efficient Institution for the Private Enforcement of Law » *Journal of Legal Studies*, vol 13, pp 81-93.

FRISON-ROCHE M.A [1995], *Rapport de synthèse, l'échange des consentements*, Rev. Jur. Comm.

GREIF A., MILGROM P. ; WEINGAST B.R. (1994), « Coordination, Commitment, and Enforcement : The Case of the Merchant Guild », *Journal of Political Economy*, p. 745-776.

HART O. (1987) « Incomplete Contracts » *The New Palgrave : A Dictionary of Economics*, Mc Millan.

JOHNSTON J. S. (1997), « Bargaining Under Rules Versus Standards », *Journal of Law, Economics and Organization*, 11, pp. 256-281.´

KATZ A. (1990) « The Strategic Structure of Offer and Acceptance : Game Theory and the Law of Contract Formation » 89, *Michigan Law Review*, 215.

KORNAHAUSER L.A. « L'analyse économique du droit », *Revue de synthèse, Philosophie et épistémologie juridique*, avril-septembre 1985, p 318.

KAPLOW L. (1992), « Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42, pp. 557-629.

KAPLOW L. ; SHAVELL S. (1995), « Property Rules Versus Liability Rules », *Harvard Law School, Law and Economic Program*, Discussion Paper n° 156.

MENARD Cl., « Comportement rationnel et coopération : le dilemme organisationnel », *Cahiers d'économie politique*, vol. 24-25.

MEHREN von V.A, *A general view of contract*, in *International Encyclopedia of comparative law*, n°1.

MERCURO N. ; MEDEMA S. (1997) « *Economics and the Law. From Posner to Post Modernism* », Princeton University Press.

MERGES (1997), « The End of Friction ? Property Rights and Contract in the « Newtownian » World of On-Line Commerce », *Berkeley Technological Law Journal*, 12, pp. 115-131.

MINCER J. [1974], *Schooling, Experience and Earnings*, NBER, New-York, Columbia University Press.

POLINSKY M. ; SHAVELL M. « *The Economic Theory of the Enforcement of the Law* » *Journal of Economic Literature*, vol XXXVIII, mars 2000.

POSNER R. (1976) « *Economic Analysis Of Law* » Little Brown And Compagny Boston And Toronto.

REUTER, P. MAC COUN, R. (2001) « *Drug War Heresies* », Cambridge university Press.

Schultz T. [1961], « Investment in Human Capital », *American Economic Review*, 51, pp. 1-17.

SHAVELL S. (1987) « An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts » *Journal of Legal Studies*, n° 463.

SHAVELL S. (1987) « *An Economic Analysis of Accident Law* » Cambridge Mass., Harvard University Press.

