

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=REDP&ID_NUMPUBLIE=REDP_126&ID_ARTICLE=REDP_126_0823

Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé

par Eric BROUSSEAU et M'hand FARES

| Dalloz | Revue d'économie politique

2002/6 - Volume 112

ISSN 0373-2630 | pages 823 à 844

Pour citer cet article :

— Brousseau E. et Fares M., Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé, Revue d'économie politique 2002/6, Volume 112, p. 823-844.

Distribution électronique Cairn pour Dalloz.

© Dalloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Règles de droit et inexécution du contrat

l'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé

Eric Brousseau*
M'hand Fares**

Il existe deux solutions en cas d'inexécution d'un contrat : la règle de dommages, règle dominante dans les systèmes de *Common Law*, et la règle d'exécution forcée, principe dominant en Droit Civil. Si la première règle a fait l'objet d'analyses économiques cherchant à justifier son efficacité, ce n'est pas le cas de la seconde. Dans le cadre d'un modèle de contrats incomplets, nous cherchons à définir les conditions d'efficacité de cette règle. On peut alors montrer qu'en situation d'investissement unilatéral, la règle d'exécution forcée est aussi efficace que la règle de dommages ; qu'en situation d'investissement bilatéral, la règle d'exécution forcée domine la règle de dommages s'il est possible d'allouer le pouvoir de négociation de manière extrême. Notre analyse souligne au passage l'intérêt de la l'analyse économique pour mener à bien des analyses de droit comparé.

économie du droit - contrat incomplet - règles juridiques

Legal rules and contract breach: lessons from contract theories for comparative law

There are two remedies to the breach of a contract: the damages rule, that is prevailing in the Common Law system, and the specific performance rule, that is dominant in the Civil Law system. Economic justifications have often been given for the first rule, but the second. Using the incomplete contract theory framework, we analyze the conditions of efficiency for the specific performance rule. We show that in case of unilateral investment the specific performance remedy is as efficient as the damages remedy. In case of bilateral investment the specific performance rule dominates the damages rule if all the bargaining power is given to one party. Furthermore, our analysis points out how economics enrich comparative legal analysis.

law and economics - incomplete contract - legal remedies

Classification JEL : K12, C78

* FORUM, Université Paris X, Bâtiment K, 200 avenue de la république, 92001 Nanterre Cedex ; E-mail : eric@brousseau.info.

** MOÏSA, INRA-ESR, 2 place Viala, 34060 Montpellier Cedex 01. E-mail : fares@ensam.inra.fr.

Les auteurs remercient les participants au séminaire JOCS, M. Ayouz, M. O. Ogier, et D. Delalande ainsi que le rapporteur anonyme de la revue pour leurs commentaires.

1. Contrat, Droit civil et Common law

Le droit civil et la *Common Law* n'accordent pas le même statut au contrat. Cela tient pour partie à la logique doctrinale propre à chacun de ces droits. Pour le droit civil, l'ordre social découle avant tout de la définition de principes et règles collectives dans le cadre desquelles les relations entre agents peuvent ensuite librement s'organiser, alors que la *Common Law* consacre une logique de liberté d'association sous le contrôle a posteriori de dispositifs de représentation de l'intérêt général chargés de s'assurer que les accords interindividuels ne contreviennent pas aux intérêts des tiers et de la collectivité. Il suit que la liberté contractuelle peut être considérée comme plus étendue dans les systèmes de *Common Law* que dans les systèmes de Droit Civil. Cette liberté s'exprime à la fois *a priori* et *a posteriori*. *A priori*, les relations contractuelles dans la *Common Law* sont moins codifiées que dans le droit civil où de nombreuses relations interindividuelles sont gouvernées par des lois et règlements plutôt que par des contrats et où les accords sont marqués par l'application d'obligations ou d'interdictions. *A posteriori*, le différentiel de liberté contractuelle s'exprime aussi lorsqu'il s'agit de rendre les contrats exécutoires. Le droit civil semble moins flexible que le droit anglo-saxon qui laisse aux acteurs la possibilité de redéfinir de manière relativement large leurs engagements réciproques.

Cette seconde question est essentielle car elle touche à la crédibilité des engagements contractuels. Les contrats sont des engagements réciproques destinés à garantir deux agents contre les risques liés à leurs interactions ; notamment celui de ne pas recevoir la contrepartie attendue de ce qu'ils donnent. Or si au moment de l'accord, les attentes des deux parties peuvent être « alignées », rien ne garantit qu'elles le demeurent ex-post car les conditions de l'interaction ayant évoluées, l'une d'entre elles (ou les deux) peut être confrontée à des opportunités nouvelles la conduisant à ne pas honorer ses engagements (« problème de hold-up »). En l'absence d'un dispositif rendant l'engagement initial exécutoire, toute possibilité d'interaction autre qu'instantanée disparaît, privant l'économie et la société de toutes les « transactions » qui doivent s'établir dans la durée, notamment parce qu'elles exigent des « investissements ».

Longtemps, les économistes, qui cherchaient moins à développer une théorie des contrats qu'une théorie de la coordination dans une économie décentralisée (Brousseau & Glachant [2000]), ne se sont pas intéressés de manière approfondie à la question de l'encadrement institutionnel des contrats. Dans la théorie de l'agence, les institutions sont jugées si parfaites que le simple fait de signer un contrat résout les problèmes de coordination, puisqu'ex post les agents appliqueront à la lettre les schémas d'incitation définis de manière optimale *ex-ante*. Cette approche a été critiquée par les théoriciens des coûts de transaction dont l'un des apports essentiels a été de mettre l'accent sur les problèmes d'opportunisme *ex-post* du fait de l'incapacité des institutions judiciaires réelles à faire exécuter les contrats. Dès lors, un dispositif de gouvernance doit être prévu dans le contrat afin d'assurer son auto-exécution. Mais il a fallu attendre l'émergence de la théorie

des contrats incomplets (Hart [1995], Tirole [1999]) pour disposer d'un outil explicitement destiné à analyser l'impact des dispositifs institutionnels garantissant des obligations contractuelles sur les contrats. Après avoir analysé les droits de propriété comme un dispositif permettant d'assurer la crédibilité des engagements (Grossman & Hart [1986], Hart & Moore [1990]), la théorie des contrats incomplets a cherché à déterminer l'existence de solutions contractuelles à ces problèmes d'engagement selon différentes modalités d'intervention du juge chargé de vérifier et de faire exécuter le contrat (contrat « volontaire » (Hart & Moore [1988]), contrat d'option (Nöldeke & Schmidt [1995]), contrat d'exécution forcée (Chung [(1991), Aghion et al. [1994])). Cette théorie permet donc d'établir un lien entre le cadre institutionnel, garant en dernier ressort de l'exécution des engagements, et la capacité des agents à mettre en œuvre des contrats efficaces (Fares [2000], Brousseau & Fares [2000]).

Pour l'économiste qui cherche à réfléchir aux propriétés des contrats ou aux formes contractuelles efficaces, la référence au cadre institutionnel est donc devenue essentielle, et les trois cadres d'analyse mentionnés plus haut tentent désormais d'en tenir compte. Il n'y a pas de formes contractuelles efficaces, mais des couples contrats-institutions qui le sont plus que d'autres. L'analyse, qu'elle soit normative ou positive, doit donc porter sur les formes contractuelles en référence aux dispositifs institutionnels les rendant exécutoires.

Dans ce contexte, on peut être conduit à s'interroger sur l'efficacité de cadres institutionnels alternatifs tels que ceux des pays civilistes et de *Common Law*. Comparer ces deux cadres s'avère pertinent à la fois parce qu'ils présentent indéniablement des différences significatives en matière d'encadrement contractuel (Brousseau [2001]) et parce qu'ils font l'objet d'une concurrence de plus en plus frontale dans le cadre de la globalisation de nos économies ou des processus politiques d'unification ou de transition.

Telles sont les raisons pour lesquelles cet article est consacré à une réflexion sur les mécanismes de mise en œuvre (*enforcement*) des contrats à partir d'une comparaison entre le droit civil et la *Common Law*. Son objet est de mieux comprendre l'impact en matière d'efficacité de la plus grande flexibilité que propose le droit anglo-saxon par rapport au droit civil, dont le droit français est l'archétype.

Nous rappellerons tout d'abord les limites de certaines approches traditionnelles de droit comparé et l'intérêt de l'analyse économique pour rendre compte des pratiques juridiques (section 2). Nous analyserons ensuite le statut de la règle d'exécution forcée en droit français, ainsi que sa capacité à faire l'objet d'une analyse économique (section 3). Nous procéderons enfin à une analyse comparative des deux règles de droit démontrant que si la règle d'exécution forcée s'avère aussi efficace que la règle de dommage lorsqu'une seule partie investit, elle devient plus efficace lorsque les deux parties investissent (section 4). Nous illustrerons ainsi l'idée que l'analyse économique du droit ne débouche pas systématiquement sur la démonstration de la supériorité de la règle anglo-saxonne, mais permet au contraire de produire des résultats nuancés et stimulants par rapports à certains débats doctrinaux.

2. Droit comparé et analyse économique du droit

L'analyse proposée ici conduit à souligner que, dès lors qu'on s'intéresse à la question de l'inexécution des contrats, l'opposition frontale entre droit anglo-saxon et droit français n'est pas totalement opérante et le recours à l'analyse économique est utile pour comparer des principes juridiques alternatifs en dehors des passions doctrinaires. Trop souvent, en effet, les débats portant sur l'intérêt comparé de normes juridiques alternatives, se construisent autour d'une opposition exacerbée des pratiques et des critères de jugements à leur appliquer. Droit Civil et *Common Law* reposeraient sur des pratiques et des fondements philosophiques si contrastés que toute comparaison de normes reviendrait à choisir entre deux « philosophies ».

Or, l'analyse plus approfondie des pratiques telles qu'elle se développe de part et d'autre de l'Atlantique (ou de la Manche) souligne que dans les faits, elles ne sont pas si opposées. Elles reposent, certes, sur des principes de justifications contrastés, mais elles sont également influencées par le pragmatisme des praticiens. Ainsi, en matière de sanction à l'inexécution des contrats à laquelle on s'intéresse ici, si le principe de l'exécution forcée prévaut en droit français, et si celui des dommages prévaut en droit anglo-saxon, on constate néanmoins que les deux principes existent dans les deux systèmes de droit. Il n'est donc pas nécessairement pertinent de les opposer sur un plan doctrinal.

Or, cette opposition doctrinaire est fréquemment pratiquée, notamment pour s'opposer à une analyse en termes d'efficacité comparée, telle qu'elle est pratiquée par l'analyse économique du droit. Cette dernière suscite en effet des préventions importantes de la part des juristes civilistes. Le mouvement du *Law and Economics* leur semble en effet trop marqué par ses origines américaines et il est soupçonné de développer une rhétorique systématiquement biaisée en faveur du droit anglo-saxon. La pierre d'achoppement principale concerne la philosophie éminemment « matérialiste » de la démarche de l'économie du droit, axée sur la recherche d'efficacité, alors que le droit français privilégierait d'autres valeurs (Fontaine [2001]). Ainsi le rejet des analyses économiques du droit se construit souvent au nom du rejet de l'efficacité économique comme critères de justification des normes juridiques.

Si l'on peut admettre que dans certains domaines — comme le droit pénal ou le droit de la presse, par exemple — la norme de l'efficacité économique doit passer au second plan, il apparaît peu justifié de la considérer comme inopérante dans d'autres, comme dans le droit des contrats en particulier. Dans ce dernier cas, le refus du recours à l'économie du droit semble avoir deux origines.

D'une part, une intuition que les débats entre juristes se référant à la *Common Law* étant principalement construits autour de justifications économiques, elle bénéficierait d'un avantage décisif en la matière. Il est exact que la *Common Law* a fait l'objet d'investigations économiques systémati-

ques et que les juristes anglo-saxons sont rompus à l'analyse économique du droit, mais cela n'implique pas que les principes juridiques mis en œuvre sont économiquement efficaces. Hatzis [2000] souligne bien pourquoi dans le monde anglo-saxon, faute de normes juridiques supérieures, le critère de l'efficacité économique apparaît comme une référence unificatrice qui conduit une large partie des juristes à l'adopter (même s'il ne faut pas négliger les controverses sur ce point ; e.g. Dworkin [1980]). Cela explique le développement important de l'analyse des propriétés économique des règles de droit propres à la *Common Law* au cours des trente dernières années. En revanche, cela ne conduit pas à la conclusion que l'application de ces mêmes raisonnements au droit civil conclurait systématiquement à la supériorité du droit anglo-saxon en termes d'efficacité économique.

D'autre part, une conviction, pas toujours fondée, que la *Common Law* est en mesure de mettre en œuvre des principes intrinsèquement plus efficaces sur le plan économique. L'idée centrale, souvent reprises par les défenseurs de la *Common Law*, est que sa logique de contrôle a posteriori des pratiques conduit à organiser une concurrence entre principes juridiques permettant d'inventer et de sélectionner les meilleurs (qui se matérialisent ensuite dans la jurisprudence). Suivant un principe hayekien, la *Common Law* conduirait à un ordre juridique spontané plus efficace que l'édifice construit du Droit Civil. Cependant, comme le souligne Hatzis [2000], cette position tend à ignorer que des considérations d'efficacité économique ont sans cesse animé les débats de doctrines en droit civil et que les principes qui animent ce dernier ne sont pas si éloignés de la logique de la *Common Law*. D'un côté le droit civil reconnaît l'efficacité économique comme un critère de justification des normes juridiques. De l'autre les débats doctrinaux sont un lieu d'innovation et de mise en concurrence des normes juridiques. Il en résulte que les normes juridiques civilistes n'ont aucune raison d'être systématiquement moins efficaces sur le plan économique que les normes juridiques anglo-saxonnes.

Comme le montreront les pages qui vont suivre, nous pensons au contraire que l'analyse économique des pratiques juridiques ne débouche pas toujours sur la démonstration de la supériorité de la *Common Law*, d'autant que, précisément, au-delà du formalisme, les pratiques concrètes ne sont pas toujours radicalement contrastées entre les deux systèmes de droit. L'analyse économique des pratiques juridiques permet de comparer les propriétés alternatives de différentes règles en fonction des circonstances dans lesquelles elles sont appliquées. Il en résulte des recommandations normatives mesurées tendant à privilégier l'application de certaines normes dans certains contextes plutôt qu'à conclure à la supériorité définitive d'une doctrine sur une autre. L'analyse économique des pratiques juridiques, et en l'occurrence des pratiques contractuelles, apparaît donc comme un des instruments disponibles pour mener une analyse institutionnelle comparée au service de réflexions sur l'amélioration des cadres institutionnels. Elle débouche sur des recommandations qui tiennent plus de la fécondation mutuelle que de l'absorption.

C'est dans ce contexte que se pose la question de savoir s'il vaut mieux faire prévaloir le principe de l'exécution forcée comme sanction à l'inexécution du contrat ou celui des dommages. La théorie de l'inexécution efficace

(*efficient breach*) établit que si une partie trouve son intérêt à manquer à ses obligations contractuelles, il est économiquement judicieux de le lui permettre, à condition qu'elle indemnise son partenaire. Aux yeux des juristes français, la règle de dommage, et la théorie qui la fonde présentent l'inconvénient majeur de nier toute force exécutoire au contrat. En ne forçant pas l'exécution d'une obligation, cette règle contreviendrait au principe moral de la parole donnée, et dénierait par là même toute force exécutoire au contrat.

Cette vision doctrinale qui cherche à affirmer une ligne de démarcation tranchée entre les deux systèmes de droit, *Civil Law* et *Common Law*, semble traduire en réalité le malaise ressenti par certains face à la convergence possible des systèmes juridiques. En effet, au moment même où le droit français, attaché au principe de l'exécution forcée, semble intégrer des arguments en faveur de l'application plus répandue du principe des dommages, les juristes anglo-américains soulignent, à partir d'une argumentation tirée de l'analyse économique, l'intérêt d'une application plus large du principe d'exécution forcée, très minoritaire au sein de la *Common Law*. Cette convergence de réflexion souligne qu'il peut exister une justification autre que morale au recours à la règle de l'exécution forcée.

3. Statut de l'exécution forcée en droit français et analyse économique

L'analyse du statut de la règle d'exécution forcée permet de montrer d'une part qu'il ne s'agit pas d'un principe unique de sanction de l'inexécution du contrat et que d'autre part, cette règle n'est pas spécifique au droit français (3.1). De plus, le recours à cette règle en droit français tient plus à la nécessité de rendre crédibles les engagements, qu'au principe moral de la parole donnée (3.2).

3.1. Une opposition doctrinale à nuancer

Le principe qui veut que l'exécution forcée soit un droit dans le système juridique français et une simple faculté en droit anglo-saxon est battue en brèche dans plusieurs types de contrats (Belliver et Sefton-Green [2001]). En effet, seul le contrat d'entreprise respecte cette distinction. En revanche, dans le cas des contrats de vente mobilière, par exemple, les solutions en droit français et anglais se rapprochent. En droit français, en cas d'inexécution de l'obligation de livraison, l'acheteur peut demander l'exécution en nature de l'obligation puisque celle-ci ne touche pas à la liberté personnelle du débiteur. En droit anglais, le créancier d'une obligation concernant la livraison d'un bien déterminé peut demander aux tribunaux l'exécution forcée (*specific performance*) par le débiteur défaillant. Dans le cas des contrats de vente immobilière, on assiste même à un renversement de principe dans

les deux systèmes. En droit français, l'exception que contient l'article 1142 du Code Civil¹ a été instaurée comme principe dans ce domaine. Inversement, en droit anglais, c'est dans les cas relatifs à une demande de transfert de propriété immobilière que l'application de la *specific performance* est reconnue de la façon la plus ferme. La raison donnée est sous-tendue par une analyse économique. La singularité du bien justifie l'exécution forcée, car les dommages ne peuvent compenser parfaitement la déception de l'acheteur s'il ne peut jouir d'un bien irremplaçable à ses yeux.

L'étude de l'application des solutions alternatives à l'inexécution des contrats révèle donc une absence d'opposition frontale entre les deux logiques juridiques. En fait, y compris en droit français, une large liberté d'appréciation est laissée aux juges dont les décisions sont souvent sous-tendues par des considérations de types économiques. Ce sont donc des considérations d'opportunité qui devraient présider au choix de l'une des deux formes d'exécution. Mais alors d'où vient cette volonté d'ériger en dogme le principe de l'exécution forcée en droit français ? Tout simplement du lien qui tend à être établi par la doctrine entre exécution en nature et force obligatoire du contrat.

3.2. Exécution forcée et force obligatoire du contrat

3.2.1. Une confusion en droit français entre mise en œuvre et force obligatoire du contrat...

Pour un juriste français, la force obligatoire est consubstantielle à l'exécution du contrat, d'où le rôle central conféré à l'exécution forcée. Le Droit anglais, quant à lui, établit une distinction entre exécutabilité (*enforceability*) et force obligatoire (*binding force*) du contrat.

L'exécutabilité est appréhendée à travers la possibilité d'assigner devant un juge le partenaire contractuel défaillant. Le rapport des partenaires avec un tiers chargé de faire respecter le contrat est donc central dans l'idée d'*enforceability*.

La force obligatoire, renvoie à la validité de la procédure de « formation » du contrat qui doit garantir que l'adhésion aux obligations souscrites est bien volontaire.

En droit anglo-saxon, la *consideration* (garantie de l'adhésion aux obligations souscrites), constitue une garantie de la validité du contrat. Ce principe veut qu'un contrat n'est valide que s'il existe un *bargain*, « c'est-à-dire quelque chose à la fois de recherchée par le promettant en échange de sa promesse et accordée par le destinataire de cette promesse en échange de

1. L'article 1142 stipule que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas de non exécution du contrat ».

cette promesse » (Levasseur [1996]). Une partie ne peut en assigner une autre en justice (pour des dommages ou pour la *specific performance*) qu'à la condition de prouver que l'échange de promesses est complété par la *consideration*. C'est donc la *consideration* qui assure la force obligatoire du contrat.

En droit français, la validité repose sur une base plus fragile : l'échange de consentements. La force obligatoire du contrat ne peut par conséquent provenir que du respect, par les parties, du consentement tel qu'il a été formulé. Cela explique qu'un grand nombre de juristes français considèrent qu'en cas d'inexécution d'une obligation par un débiteur, le simple versement de dommages participe d'une réduction des engagements du débiteur, et atténue donc le sens même de son consentement. L'attention portée à la mise en œuvre du contrat, découle des spécificités de sa formation.

On peut dès lors considérer, d'une certaine manière, qu'un contrat de droit français tend à être plus incomplet qu'un contrat de droit anglo-saxon du fait de l'absence de *consideration*. Cette absence rend les termes de l'engagement contractuel français plus difficiles à vérifier par un tiers. Les préoccupations apparemment morales concernant le respect de la parole donnée renvoient ainsi à des besoins objectifs découlant du mode de formation du contrat en droit français. Le principe de l'exécution forcée cherche à pallier les défaillances du contrat.

3.2.2. ...porteuse d'une analyse économique de la règle d'exécution forcée

L'exécution forcée a donc pour origine une défaillance dans « l'économie » du contrat de droit français. Peut-elle faire l'objet d'une analyse économique au même titre que la règle de dommage dont l'analyse est largement développée ?

La règle des dommages est efficace car une partie refusera de s'exécuter si elle estime qu'elle tire avantage de la rupture de ses obligations tout en compensant la perte subie par son cocontractant. Son partenaire ne sera pas lésé puisqu'il recevra une réparation financière correspondant à ce qu'il aurait dû gagner en cas d'exécution. La justification économique de la règle d'exécution forcée est plus complexe. Elle a été analysée par des juristes-économistes anglo-saxons qui ont cherché à comprendre la raison d'être de cette règle minoritaire en *Common Law*.

La première étape a consisté à expliquer les situations spécifiques où l'exécution forcée est pratiquée en *Common Law*. Ainsi, selon Ulen [1998] l'exécution forcée est préférée aux dommages :

1. s'il est malaisé de procéder à l'évaluation des dommages et intérêts ;
2. si l'allocation des dommages et intérêts est inappropriée ;

Mais Ulen met aussi en évidence les réticences qu'éprouvent les juges à envisager cette solution considérée comme extrême en raison des sanctions qui y sont attachées. En cas d'inexécution, le contractant peut être contraint de payer une amende, voire faire l'objet d'une contrainte par corps.

La seconde étape a consisté à analyser l'efficacité économique de cette règle d'exécution forcée en la comparant à la règle de dommage. Le choix entre les deux peut avoir des conséquences en termes d'efficacité lorsque rompre un contrat avant son terme est efficace. Une rupture est efficace lorsque le montant monétaire A que l'acheteur est prêt à payer pour éviter l'exécution est plus élevé que le paiement B que le vendeur est prêt à accepter en contrepartie de l'inexécution du contrat². Il existe alors un gain mutuel à rompre, $\Delta = A - B$, dont le partage est fonction de la règle de droit appliquée. La règle de dommages permet à l'acheteur de s'approprier l'ensemble du surplus : son gain de rupture est A et il ne paie que B . La règle de d'exécution forcée permet au vendeur d'insister pour que l'exécution du contrat ait lieu. Mais au lieu de s'exécuter l'acheteur peut proposer de négocier. Dans ce cas, il est obligé de partager le surplus Δ .

Cependant, l'efficacité différenciée des règles de droit alternatives ne s'explique qu'en présence de coûts de transaction. En effet, dans un univers sans coût de transaction, la règle de droit n'a aucun impact sur le choix de l'action efficace puisqu'à l'équilibre, le contrat sera toujours rompu si $\Delta > 0$. On distingue en général deux sources importantes de coûts de transaction :

1. Les coûts de transaction associés à la règle de dommage : l'existence de coûts de mesure ne permet pas de déterminer les dommages couvrant la perte associée à la rupture du contrat (Farber [1980], Seibert [1986]).

2. Les coûts de transaction associés à la règle d'exécution forcée : l'existence de coûts de négociation couplée à une information incomplète sur la valeur de Δ peut amener à une dissipation de ce surplus (Bishop [1985], Posner [1992]).

La règle optimale est celle qui minimise les coûts de transaction. Kronman [1978] pense que les coûts de négociation (2) sont plus élevés que les coûts de mesure (1), ce qui lui permet de conclure à l'efficacité de la règle de dommages. Schwartz [1979] pense au contraire que les coûts de mesure (1) sont souvent très élevés par rapport aux coûts de négociation (2), ce qui lui permet de conclure à l'efficacité de la règle d'exécution forcée. Bishop [1985] affine l'analyse et montre que le choix de la règle dépend du type de contrat, de l'identité de la partie qui rompt et des alternatives offertes à chacune des parties. Cependant, la matrice des gains qui en résulte repose, comme chez Kronman et Schwartz, sur les hypothèses qu'on pose concernant le niveau des différents coûts de transaction. Autrement dit, cette approche qui se focalise uniquement sur les coûts de transaction ne permet pas de conclure aisément à l'efficacité de l'une ou l'autre des règles de droit.

Face à cette indétermination, il existe une autre voie d'analyse. Mahoney [1995] suggère que le choix de la règle efficace est dicté par les conséquences distributionnelles de chacune de ces deux règles. Il suppose que chaque partie associe alors une valeur ou prix d'option aux deux types de contrats (contrat d'exécution forcée, contrat de dommages). Mahoney montre qu'il existe un intervalle de prix pour lequel les deux parties préfèrent la même règle, en l'occurrence la règle de dommages. Un contrat de dommages est

2. Il s'agit d'un exemple, et le raisonnement serait symétrique si c'était le vendeur qui avait intérêt à rompre.

en effet similaire à une vente instantanée, couplée à une option que détient l'acheteur. Les termes de cette dernière sont clairs : il s'agit d'une option d'achat par laquelle l'acheteur peut, à tout moment acheter l'actif sous-jacent (l'exécution de sa propre obligation d'enlever) en payant au vendeur le prix de cet actif.

Il est possible de concilier l'approche en termes de coûts de transaction et celle de Mahoney en recourant au cadre d'analyse de la théorie des contrats incomplets. Dans ce cadre d'analyse, l'efficacité de chaque règle est déterminée par sa capacité à améliorer l'espérance d'utilité de chaque partie (comme chez Mahoney) en présence de distorsions générées par des coûts de transaction. Plus précisément, la théorie des contrats incomplets met en avant comme critère d'efficacité du contrat sa capacité à assurer la crédibilité des engagements des parties, et en ce sens elle traduit l'idée de respect de la parole donnée, chère aux partisans de la règle de l'exécution forcée. En outre, elle fait l'hypothèse qu'il peut exister au cours de la relation contractuelle un gain pour les parties à rompre le contrat initial, et traduit ainsi l'idée de l'*efficient breach*, chère aux partisans de la règle de dommages.

4. Incitations à investir et efficacité de la règle d'exécution forcée

Nous définissons tout d'abord le cadre d'analyse en contrat incomplet (4.1), puis nous considérons deux régimes d'efficacité des règles de sanction à l'inexécution. Le premier concerne le régime où seul le vendeur investit. Dans ce cas, on peut montrer que la règle d'exécution forcée est aussi efficace que la règle de dommages si les parties peuvent paramétrer convenablement le contrat initial (4.2). Le second concerne le régime où le vendeur et l'acheteur investissent. Dans ce cas, la règle d'exécution forcée domine la règle de dommages si les parties peuvent définir dans le contrat initial une allocation extrême du pouvoir de négociation (3.3).

4.1. Cadre d'analyse

Soit une relation verticale entre un acheteur (A) et un vendeur (V). On note $c(i_v, q, \omega)$ le coût de production que subit le vendeur pour produire la quantité $q \in [0, q^{\max}]$, étant donné l'état de nature $\omega \in \Omega$ et un niveau d'investissement $i_v \in [0, i_v^{\max}]$. On note $h_v(i_v)$ le coût de mise en place de cet investissement avec $h_v(\cdot)$ une fonction de coût croissante et convexe. Soit $v(q, \omega)$ le bénéfice que l'acheteur retire de l'enlèvement de la quantité q . On suppose que

$$v_q > 0, v_{qq} < 0, v([v(0, \cdot)] 0, \cdot) = 0$$

et

$$c_q > 0, c_{qq} > 0, c(\cdot, 0, \cdot) = 0, c_{i_v} < 0, c_{i_v^2} > 0, c_{i_v q} < 0$$

Si l'on fait l'hypothèse que les parties s'intéressent à leur surplus net (différence entre le bénéfice brut et le prix payé par l'acheteur, différence entre le prix reçu et le coût de production pour le vendeur) et qu'elles sont neutres au risque, l'utilité ex-post de l'acheteur s'écrit $u_A = v - p$, et celle du vendeur $u_V = p - c$. Le surplus social associé à l'échange est défini par :

$$s = u_A + u_V = [v(q, \omega) - c(i_v, q, \omega)]$$

Ce surplus est croissant et concave en (i_v, q) et croissant en ω .

Si les parties ont la possibilité d'écrire un contrat complet, elles peuvent alors définir de manière coopérative une quantité d'échange q^* efficace et un niveau d'investissement (du vendeur) i_v^* efficace, solutions du programme

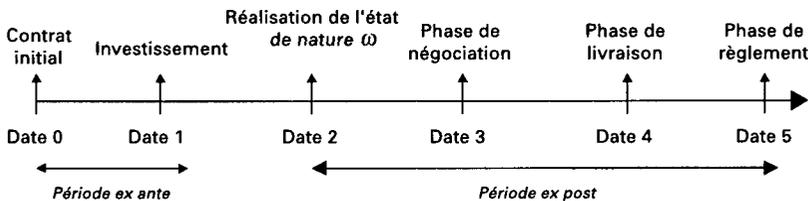
$$\max_{q, i_v} E_\omega \{s(i_v, q, \omega)\} - h_V(i_v)$$

E_ω désigne l'opérateur d'espérance.

Si les parties ne peuvent écrire qu'un contrat incomplet (ou non-contingent complet) — notamment parce que les niveaux d'investissement ne sont pas contractualisables —, le *timing* contractuel de cette relation peut alors se résumer à deux périodes :

- Une période *ex ante*, où les deux parties signent à la date 0 un contrat initial non contingent fixant une quantité et un prix d'échange (\hat{q}, \hat{p}) afin d'inciter le vendeur à investir à la date 1 dans un niveau d'actifs spécifiques i_v — non-redéployables sans coût dans le cadre d'une relation alternative.
- Une période *ex post* où l'incertitude une fois levée par la réalisation d'un état de nature ω (date 2) détermine la quantité efficace q^* à échanger. L'acheteur peut décider de rompre ou non le contrat initial (\hat{q}, \hat{p}) . Ce qui peut donner lieu, le cas échéant, à renégociation de ce contrat initial (date 3). Ensuite, le vendeur livre ou non la quantité (date 4), et l'acheteur réalise le transfert monétaire correspondant (date 5).

Figure 1. Timing contractuel



4.2. Règle efficace en investissement unilatéral

Le contrat non-contingent stipulant le couple quantité-prix (\hat{q}, \hat{p}) a pour objectif d'inciter le vendeur à développer un niveau efficace d'investissement non-contractualisable. Cependant, l'engagement réciproque de l'acheteur, consistant à enlever la quantité initiale, n'est pas crédible car selon l'état de nature l'acheteur souhaitera enlever une quantité inférieure ou supérieure à cette quantité initiale \hat{q} . Pour pallier cet inconvénient, une règle de droit de défaut s'applique. Le contrat peut être de deux types selon la règle qui s'applique : un contrat de dommages (*expectation damages*) ou un contrat d'exécution forcée (*specific performance*). Dans un contrat de dommages, les parties peuvent au cours de la relation contractuelle ne pas appliquer à la lettre les termes du contrat, à savoir ne pas s'obliger à échanger aux termes définis par le contrat initial. Cependant, en cas de rupture de la part de l'acheteur, on fait l'hypothèse que le juge est supposé apte à vérifier cet écart par rapport à la norme contractuelle (\hat{q}) et imposer le paiement par l'acheteur d'un dommage au vendeur. Dans un contrat d'exécution forcée, si l'acheteur refuse d'exécuter son obligation d'enlèvement de la quantité initiale, le vendeur *peut* faire appel au juge afin de forcer l'acheteur à exécuter son obligation. Le juge saisi suit alors la demande du vendeur et exige de l'acheteur qu'il se conforme à la lettre du contrat.

Analysons l'efficacité de ces deux règles en considérant deux états de nature possibles : $\{\omega/q^* < \hat{q}\}$ et $\{\omega/q^* > \hat{q}\}$.

1^{er} cas : $\omega/q^* < \hat{q}$: la quantité efficace est inférieure à la quantité contractuelle.

Règle de dommages

L'acheteur décide de ne pas enlever la quantité contractuelle \hat{q} mais une quantité efficace q^* inférieure. Dans ce cas, il paie un dommage afin d'indemniser le vendeur de la perte nette liée à la diminution des quantités contractuelles enlevées. Le calcul par le juge de ce coût d'opportunité permet de définir un niveau de dommage :

$$D = \{ [\hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega)] - [\hat{p}q^* - c(i_v, q^*, \omega)] \}$$

Le vendeur est alors assuré, du fait de l'existence de ce dommage, d'obtenir le niveau d'utilité garantie

$$u_v(i_v, \hat{q}, \omega) = \hat{p}q^* - c(i_v, q^*, \omega) + D = \hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega).$$

La règle de dommages, allouant à l'acheteur le droit de déterminer de manière unilatérale la quantité efficace (Edlin [1996]), celle-ci est obtenue par résolution du programme de l'acheteur

$$\max_{q^* < \hat{q}} \{ [v(q, \omega) - c(i_v, q, \omega)] - \hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega) \}$$

Comme $[\hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega)]$ est défini contractuellement, l'acheteur choisit unilatéralement la quantité optimale de manière à maximiser le surplus social :

$$q^*(\omega, i_v) = \arg \max_q s(i_v, q, \omega) = \{v(q, \omega) - c(i_v, q, \omega)\}^3$$

La règle de dommages assure donc une efficacité ex post. Qu'en est-il de l'efficacité ex ante ? Soit $U_v^D = E\{\hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega)\} - h_v(i_v)$ l'utilité ex ante du vendeur sous la règle de dommages. Les incitations à investir du vendeur sont données par

$$\frac{\partial U_v^D}{\partial i_v} = E \left\{ -\frac{\partial c(i_v, \hat{q}, \omega)}{\partial i_v} \right\} > E \left\{ \frac{\partial s(i_v, q^*(\omega, i_v), \omega)}{\partial i_v} \right\}$$

car $\frac{\partial^2 c(i_v, q, \omega)}{\partial i_v \partial q} < 0$

Autrement dit, sous cette règle de dommages, le vendeur est incité à surinvestir par rapport au niveau socialement optimal.

Règle d'exécution forcée

Lorsque la sanction à la rupture du contrat initial est la règle d'exécution forcée, le vendeur peut « forcer » l'exécution du contrat en menaçant l'acheteur de faire appel au juge s'il refuse d'enlever la quantité initiale \hat{q} . Cependant comme il existe un surplus

$$\zeta(i_v, q^*(\omega, i_v), \hat{q}, \omega) = [v(q^*(\omega, i_v), \omega) - c(i_v, q^*(\omega, i_v), \omega)] - [v(\hat{q}, \omega) - c(i_v, \hat{q}, \omega)]$$

à renégocier pour échanger la quantité efficace q^* plutôt que \hat{q} , le vendeur accepte de ne pas recourir à l'exécution forcée à la condition de recevoir une part de ce surplus. La solution de Nash du jeu de négociation, étant donné le pouvoir de négociation $\alpha \in]0 ; 1[$, définit l'utilité ex post du vendeur

$$u_v = \hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega) + (1 - \alpha) \zeta(\dots)$$

3. La quantité q^* est dite socialement optimale au sens où elle maximise le profit joint de la relation verticale entre l'acheteur et le vendeur. Elle ne maximise pas le surplus social lorsqu'on introduit un entrant potentiel, car alors le contrat d'*expectation damages* introduit un coût social qui peut bloquer l'entrée d'un contractant plus efficace que le vendeur (voir Aghion-Bolton [1987], Chung [1995], Spier-Whinston [1995]).

Notons $U_V^E = E \{ \hat{p}\hat{q} - c(i_V, \hat{q}, \omega) + (1 - \alpha) \zeta(\cdot) \} - h_V(i_V)$, l'utilité du vendeur ex ante en exécution forcée. L'incitation à investir du vendeur est donnée par

$$\begin{aligned} \frac{\partial U_V^E}{\partial i_V} &= E \left\{ - \frac{\partial c(i_V, \hat{q}, \omega)}{\partial i_V} \right\} \\ &+ (1 - \alpha) E \left\{ \left[\frac{\partial c(i_V, \hat{q}, \omega)}{\partial i_V} - \frac{\partial c(i_V, q^*(\omega, i_V), \omega)}{\partial i_V} \right] \right\} \\ &< E \left\{ \frac{\partial s(i_V, q^*(\omega, i_V), \omega)}{\partial i_V} \right\} \end{aligned}$$

Sous la règle d'exécution forcée, le vendeur est incité à sous-investir par rapport au niveau socialement efficace. Ce résultat s'explique par le fait qu'à l'équilibre, le vendeur a toujours intérêt à accepter l'offre de l'acheteur de renégocier le contrat initial. Comme le partage du surplus de la renégociation génère une distorsion dans les incitations à investir, alors le vendeur sous-investit.

Si l'on compare maintenant l'effet incitatif des deux règles de droit, on obtient l'inégalité suivante :

$$\frac{\partial U_V^D}{\partial i_V} \geq \frac{\partial U_V^E}{\partial i_V}$$

$$\text{car } \left[\frac{\partial c(i_V, \hat{q}, \omega)}{\partial i_V} - \frac{\partial c(i_V, q^*(\omega, i_V), \omega)}{\partial i_V} \right] < 0.$$

Autrement dit, lorsque l'état de nature est tel que la quantité efficace pour l'acheteur est inférieure à la quantité stipulée dans le contrat initial, un contrat de dommages domine un contrat d'exécution forcée. Ce résultat est dû au fait que la règle de dommages incite à surinvestir alors que la règle d'exécution forcée incite à sous-investir.

2^e cas : $\omega/q^* > \hat{q}$: la quantité efficace est supérieure à la quantité contractuelle.

Dans le cas où la quantité efficace est supérieure à la quantité initiale, il n'y a pas à proprement parler de rupture du contrat initial. En effet, l'acheteur respecte bien les termes du contrat initial puisqu'il est prêt à enlever une quantité supérieure ou égale à \hat{q} . De ce fait, le vendeur ne peut requérir ni dommages, ni exécution forcée. Dans ce cas, la règle de droit n'influe pas sur les incitations à investir.

Le problème contractuel réside dans le fait que l'acheteur souhaite que le vendeur aille au-delà de ses obligations contractuelles en livrant une quantité supérieure à la quantité initiale. Le vendeur est donc libre de livrer ou non la quantité supplémentaire. Comme il existe un gain à renégocier le contrat initial, il livrera cette quantité. Cependant, la renégociation de la quantité initiale \hat{q} vers la quantité efficace q^* induit, comme précédemment,

une distorsion liée au partage du surplus. En effet, le partage du surplus fournit au vendeur l'utilité ex post suivante

$$u_v = \hat{p}\hat{q} - c(i_v, \hat{q}, \omega) + (1 - \alpha) \zeta(\cdot)$$

L'incitation à investir du vendeur est alors

$$\begin{aligned} \frac{\partial U_v}{\partial i_v} &= E \left\{ - \frac{\partial c(i_v, \hat{q}, \omega)}{\partial i_v} \right. \\ &\quad \left. + (1 - \alpha) \left[\frac{\partial c(i_v, \hat{q}, \omega)}{\partial i_v} - \frac{\partial c(i_v, q^*(\omega, i_v), \omega)}{\partial i_v} \right] \right\} \\ &< E \left\{ \frac{\partial s(i_v^*, q^*(\omega, i_v), \omega)}{\partial i_v} \right\} \end{aligned}$$

Ce qui incite le vendeur à sous-investir par rapport au niveau socialement efficace. Comme ce résultat est vrai quelle que soit la règle de droit, alors

$$\frac{\partial U_v^D}{\partial i_v} = \frac{\partial U_v^E}{\partial i_v} \text{ sur la partition } \omega/q^* > \hat{q}.$$

Comme nous avons vu que $\frac{\partial U_v^D}{\partial i_v} \geq \frac{\partial U_v^E}{\partial i_v}$ pour l'état de nature $\omega/q^* < \hat{q}$, nous pouvons conclure que $\frac{\partial U_v^D}{\partial i_v} \geq \frac{\partial U_v^E}{\partial i_v}$ sur ω .

Peut-on pour autant conclure que la règle de dommages est plus incitative que la règle d'exécution forcée ? Non, car les parties peuvent paramétrer leur contrat de manière à obtenir les mêmes incitations à investir sous les deux règles. En effet, sous la règle de dommages, les parties vont définir une quantité \hat{q}^D qui incite le vendeur à mettre en place le niveau d'investissement de premier rang, *i.e.* telle que $\frac{\partial U_v^D(i_v, \hat{q}^D)}{\partial i_v} = 0$. De même, sous la règle d'exécution forcée, les parties vont définir une quantité \hat{q}^E telle que $\frac{\partial U_v^E(i_v, \hat{q}^E)}{\partial i_v} = 0$. Compte tenu des hypothèses faites, ces deux quantités existent. De plus comme $\frac{\partial U_v^D}{\partial i_v} \geq \frac{\partial U_v^E}{\partial i_v}$ et $\frac{\partial^2 c(i_v, q, \omega)}{\partial i_v \partial q q} < 0$, alors $\hat{q}^E > \hat{q}^D$.

On peut donc en conclure que la règle d'exécution forcée n'est pas moins efficace en terme d'incitation à investir que la règle de dommage. La seule contrepartie à la signature d'un contrat à exécution forcée c'est la définition d'une quantité contractuelle « garantie » plus élevée au vendeur. Nous retrouvons là le résultat mis en évidence par Edlin [1996] et Edlin-Reichelstein [1996].

Dans d'autres situations la règle de l'exécution forcée est plus efficace que la règle de dommage. Ainsi, lorsque l'investissement d'une partie n'aug-

mente pas seulement son utilité mais qu'il accroît aussi l'utilité de son partenaire (externalité positive de l'investissement), un contrat à exécution forcée permet d'améliorer la valeur de la contractualisation par rapport à un contrat de dommages (Fares [2000]). Mais c'est surtout lorsque les deux parties investissent (situation d'investissement bilatéral) que s'affirme l'avantage de la règle d'exécution forcée.

3.2. Investissement bilatéral et conditions d'efficacité de la règle d'exécution forcée

Supposons maintenant que les deux parties investissent. Autrement dit, outre l'investissement i_V du vendeur, supposons que l'acheteur met aussi en place un niveau d'investissement $i_A \in [0, i_A^{\max}]$ avec un coût $h_A(i_A)$ croissant et convexe. Le bénéfice de l'acheteur s'écrit alors $v(i_A, q, \omega)$, avec $v_{i_A} > 0$, $v_{i_A^2} < 0$, $v_{i_A q} > 0$. Le surplus social associé à l'échange efficace est maintenant défini par

$$s(i_A, i_V, q, \omega) = [v(i_A, q, \omega) - c(i_V, q, \omega)]$$

Ce surplus est supposé concave en (i_A, i_V, q) .

Si les parties ont la possibilité d'écrire un contrat complet, elles peuvent alors définir de façon coopérative une quantité d'échange q^* efficace et des niveaux d'investissement (i_A^*, i_V^*) de first best solutions du programme

$$\max_{q, i_A, i_V} E_{\omega} \{s(i_A, i_V, q, \omega)\} - h_A(i_A) - h_V(i_V)$$

En contrat incomplet avec investissement bilatéral, la renégociation du contrat initial définit une allocation $q(\omega, i_A, i_V)$. L'équilibre d'investissements (\bar{i}_A, \bar{i}_V) est un équilibre de Nash du sous-jeu d'investissements avec les gains suivants

$$U_A = E_{\omega} \{v(q(\omega, i_A, i_V), \omega, i_A) - \hat{p}\} - h_A(i_A)$$

$$U_V = E_{\omega} \{\hat{p} - c(q(\omega, i_A, i_V), \omega, i_V)\} - h_V(i_V)$$

La question est de savoir si une règle de droit permet de mettre en œuvre l'équilibre de Nash de premier rang (i_A^*, i_V^*) du sous-jeu d'investissement.

Règle de dommages

La règle de dommages ne permet pas de mettre en œuvre cet équilibre de premier rang. En effet, si le contrat initial est tel que $\hat{p} \geq c(i_V^*, \hat{q}, \omega)$, alors l'acheteur cherchera toujours à rompre le contrat et le vendeur le poursuivra en justice. Si ce contrat définit une quantité \hat{q} qui assure de bonnes incitations au vendeur, l'acheteur lui va toujours sous-investir parce qu'il ne reçoit aucun dommage en cas de rupture. Inversement si $\hat{p} \leq c(i_V^*, \hat{q}, \omega)$, le vendeur cherchera à rompre. Cette fois-ci le contrat pourra protéger l'acheteur

au travers de la quantité initiale. Mais comme précédemment, il ne sera pas possible d'inciter l'autre partie (ici le vendeur) à investir.

Règle d'exécution forcée

La règle d'exécution forcée par contre permet d'assurer un résultat de premier rang. Supposons que l'acheteur ait l'ensemble du pouvoir de négociation ($\alpha = 1$). Dans le sous-jeu de renégociation, il obtient la créance résiduelle et le vendeur le niveau d'utilité garantie par le contrat initial. L'utilité ex post de l'acheteur s'écrit alors :

$$u_A = v(i_A, \hat{q}, \omega) - \hat{p} + \zeta(\cdot) = s(i_A, i_V, q^*, \omega) - u_V$$

avec $u_V(i_V, \hat{q}, \omega) = \hat{p} - c(i_V, \hat{q}, \omega)$.

L'équilibre de Nash des investissements est donné par le système suivant :

$$\begin{cases} \max_{i_A} U_A = E\{v(q^*(\omega, i_A, i_V), \omega, i_A) - \hat{p}\} - h_A(i_A) - U_V \\ \max_{i_V} U_V = E\{\hat{p} - c(q^*(\omega, i_A, i_V), \omega, i_V)\} - h_V(i_V) \end{cases}$$

Lorsque le vendeur choisit i_V , il choisit

$$\hat{i}_V \in \arg \max_{i_V} U_V$$

Par le théorème de l'enveloppe, la solution $\hat{i}_V(\hat{q})$ satisfait

$$\frac{\partial U_V}{\partial i_V} = E \left\{ - \frac{\partial c(\hat{i}_V(\hat{q}), \hat{q}, \omega)}{\partial i_V} \right\} - \frac{\partial h_V(i_V)}{\partial i_V}$$

On peut montrer qu'il existe une quantité \hat{q} tel que $\hat{i}_V(\hat{q}) = i_V^*$ (Fares [2001]). Autrement dit, en définissant simplement une quantité « moyenne » \hat{q} dans le contrat initial, les parties peuvent assurer au vendeur les incitations suffisantes pour investir au niveau de premier rang.

Qu'en est-il de l'investissement de l'acheteur ? On sait que ce dernier résout le problème suivant

$$\hat{i}_A \in \arg \max_{i_A} U_A$$

Comme il reçoit la créance résiduelle dans le jeu de renégociation, il est aussi incité à investir au niveau efficace et donc $\hat{i}_A = i_A^*$. Les deux parties investissant de manière efficace, le couple de premier rang (i_A^*, i_V^*) est alors atteint.

Ce résultat d'efficacité de la règle d'exécution forcée est cependant très sensible à l'hypothèse d'allocation de l'ensemble du pouvoir de négociation à l'acheteur (cf. annexe pour une démonstration). Autrement dit, en présence d'investissement bilatéral, seule une allocation extrême du pouvoir de négociation permet d'assurer un résultat de premier rang avec une règle

d'exécution forcée. Cette allocation peut-elle être contrôlée contractuellement (Aghion-Dewatripont-Rey [1994]). Pour que le l'acheteur obtienne l'ensemble du pouvoir de négociation dans le sous-jeu de renégociation, il suffit qu'il dispose d'un otage financier $t^* \in \mathfrak{R}$ cédé par le vendeur au moment de la signature du contrat. Cet otage est défini de manière à garantir que l'acheteur gagnera plus en acceptant la contre offre du vendeur qu'en s'accaparant l'otage et en refusant l'échange ($q = 0$). Formellement, l'otage est défini de la façon suivante. Après la proposition « à prendre ou à laisser » q de l'acheteur, le vendeur fait une contre offre :

$$\bar{q} \text{ tel que } U_V(i_V, \bar{q}, \omega) \geq U_V(i_V, q, \omega)$$

Si $U_A(i_A, 0, t^*, \omega) \geq \max U_A(i_V, \bar{q}, \omega)$, à l'équilibre du sous-jeu de renégociation, le vendeur ne fait pas de contre-offre, ce qui assure à l'acheteur l'ensemble du pouvoir de négociation.

*

* *

Conclusion

Partant de l'observation qu'il existe deux solutions en cas d'inexécution d'un contrat — la règle de dommages, règle dominante dans les systèmes de Common Law, et la règle d'exécution forcée, principe dominant en Droit Civil — nous avons eu recours à l'analyse en termes de contrat incomplet pour comparer l'efficacité relative des deux règles. Nous avons alors montré que d'un point de vue économique la règle d'exécution forcée est plus efficace lorsque l'objectif est d'inciter les parties à réaliser des investissements non-contractualisables. Plus précisément, nous avons démontré que dans un cadre d'investissement unilatéral, la règle d'exécution forcée avait la même efficacité que la règle de dommage, et qu'en revanche, elle s'avérait plus efficace dans une situation d'investissement bilatéral.

Notons au passage que la notion d'investissement non-contractualisable a une portée très générale puisqu'il s'agit d'une variable qui influence l'efficacité de la relation, qui a un coût « échoué » (*sunk cost*) pour une des parties et qui n'est pas redéployable dans le cadre d'une autre relation. Il peut donc s'agir d'un investissement matériel, d'un investissement immatériel (comme un apprentissage) ou même d'un effort (par exemple pour fournir de la qualité). Notre résultat a donc une portée très générale, bien au-delà des seules relations impliquant des investissements physiques.

Par ailleurs, la méthode que nous mettons en œuvre — l'analyse économique de la règle de droit — permet, nous semble-t-il, d'aller plus loin que le simple droit comparé pour analyser les propriétés respectives de normes juridiques alternatives. Bellivier et Sefton-Green [2001] émettent la proposition que face à la personnalisation croissante des contrats qui résulte du développement des coopérations entre acteurs économiques, la règle de

dommage devrait voir son application étendue. L'idée sous-jacente est la suivante : plus un rapport contractuel est complexe, moins il est raisonnable de chercher à lier les parties par des engagements détaillés passés à l'avance. Notre propre analyse tend à nuancer cette proposition. En effet, lorsque les parties mettent en œuvre des contrats relationnels (Macneil [1974]), donc incomplets, dans le cadre desquels elles développent des actifs très spécifiques impliquant une personnalisation très forte du contrat, il est plus efficace d'imposer une règle d'exécution forcée.

Les auteurs avancent aussi une autre raison (plus traditionnelle) qui expliquerait la portée limitée de la règle d'exécution forcée. Celle-ci présenterait l'inconvénient d'imposer au juge de vérifier que le débiteur se plie bien à l'exécution forcée du contrat. Exigence qui peut a priori paraître irréaliste dans le cas de rapport contractuel complexe. Mais il est tout aussi irréaliste de penser que dans ce type de relations, le juge parvient à définir un dommage efficace, c'est-à-dire un dommage qui compense l'autre partie d'une rupture dont les conséquences monétaires sont difficilement évaluables.

Ainsi, l'analyse économique des contrats permet d'identifier des règles institutionnelles efficaces pour protéger les investissements contractuels, et ceci qu'on raisonne en Droit Civil ou en *Common Law*. On pourrait étendre ce type d'analyse à la comparaison d'autres variables essentielles en matière d'exécution des contrats, comme les procédures de contentieux, la spécialisation des juridictions, les règles portant sur la renégociation. On déboucherait alors sur des recommandations en matière de conception du cadre institutionnel qui dépasseraient les approches traditionnelles, tendant à opposer doctrines et systèmes, et qui seraient sans doute plus opérationnelles.

Annexe

Supposons en effet que l'acheteur n'ait pas l'ensemble du pouvoir de négociation, i.e. $\alpha \in]0; 1[$. Les utilités ex post de l'acheteur et du vendeur s'écrivent alors :

$$\begin{cases} u_A = \alpha [s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega) - (\hat{p} - c(i_V, \hat{q}, \omega))] + (1 - \alpha) [v(i_A, \hat{q}, \omega) - \hat{p}] \\ u_V = (1 - \alpha) [s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega) + \hat{p} - v(i_A, \hat{q}, \omega)] + \alpha [\hat{p} - c(i_V, \hat{q}, \omega)] \end{cases}$$

Les utilités ex ante s'écrivent :

$$\begin{cases} U_A = \alpha E\{s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega)\} + \alpha E\{c(i_V, \hat{q}, \omega)\} \\ \quad + (1 - \alpha) E\{v(i_A, \hat{q}, \omega)\} - \hat{p} - h_A(i_A) \\ U_V = (1 - \alpha) E\{s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega)\} - (1 - \alpha) E\{v(i_A, \hat{q}, \omega)\} \\ \quad + \alpha E\{c(i_V, \hat{q}, \omega)\} - \hat{p} - h_V(i_V) \end{cases}$$

Les incitations à investir sont données par le système suivant :

$$\begin{cases} \frac{\partial U_A}{\partial i_A} = \alpha E\left\{\frac{\partial s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_A}\right\} \\ \quad + (1 - \alpha) E\left\{\frac{\partial v(i_A, \hat{q}, \omega)}{\partial i_A}\right\} - \frac{\partial h_A(i_A)}{\partial i_A} \\ \frac{\partial U_V}{\partial i_V} = (1 - \alpha) E\left\{\frac{\partial s(i_A, i_V, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_V}\right\} \\ \quad - \alpha E\left\{\frac{\partial c(i_V, \hat{q}, \omega)}{\partial i_V}\right\} - \frac{\partial h_V(i_V)}{\partial i_V} \end{cases}$$

i_A^* est une meilleure réponse à i_V^* s'il existe une quantité \hat{q}_A telle que

$$\begin{aligned} \frac{\partial U_A}{\partial i_A} &= \alpha E\left\{\frac{\partial s(i_A, i_V^*, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_A}\right\} \\ &+ (1 - \alpha) E\left\{\frac{\partial v(i_A, \hat{q}_A, \omega)}{\partial i_A}\right\} = E\left\{\frac{\partial s(i_A, i_V^*, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_A}\right\} \end{aligned}$$

i_V^* est une meilleure réponse à i_A^* , s'il existe une quantité par défaut \hat{q}_V qui vérifie :

$$\begin{aligned} \frac{\partial U_V}{\partial i_V} &= (1 - \alpha) E\left\{\frac{\partial s(i_A^*, i_V, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_V}\right\} \\ &- \alpha E\left\{\frac{\partial c(i_V, \hat{q}_V, \omega)}{\partial i_V}\right\} = E\left\{\frac{\partial s(i_A^*, i_V, q^*(\cdot), \omega)}{\partial i_V}\right\} \end{aligned}$$

Pour que le couple d'investissement de premier rang (i_A^*, i_V^*) soit atteint, il faut que $\hat{q}_V = \hat{q}_A$. Ce qui n'est pas vrai en toute généralité (Fares [2001]).

Références bibliographiques

AGHION P., BOLTON P. [1987], Contracts as a Barrier to Entry, *American Economic Review*, 77, 388-401.

- AGHION P, DEWATRIPONT M, REY P. [1994], Renegotiation Design with Unverifiable Information, *Econometrica*, 62, 257-282.
- BELLIVIER F., SEFTON-GREEN R. [2001], Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais, bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, Goubeaux et alii (eds), LGDJ, Paris, 91-112.
- BROUSSEAU E., [2001], Did the Common Law Biased the Economics of Contract... and May it Change ? in B. Deffains & T. Kirat (sld), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationship*, vol. 6., N. Mercurio (ed.), JAI Press, Elsevier Science B.V., 79-105.
- BROUSSEAU E., FARES M., [2000], The Incomplete Contract Theory and the New-Institutional Economics Approaches to Contracts : Substitutes or Complements ?, in Ménard C., (ed.), *Institutions, Contracts, Organizations, Perspectives from New-Institutional Economics*, Edward Elgar Pub., 399-421.
- BROUSSEAU E., GLACHANT J.-M., [2000], Économie des Contrats et Renouvellements de l'Analyse Economique, *Revue d'Economie Industrielle*, n° Spécial, Économie des Contrats, Bilan et Perspective, n° 92, 2^e et 3^e trimestre 2000, 23-50.
- BISHOP W. [1985], The Choice Remedy for Breach of Contract, *The Journal of Legal Studies*, 14.
- CHUNG T. [1991], Incomplete Contracts, Specific Investments, and Risk Sharing, *Review of Economic Studies*, 58, 1031-1042.
- DWORKIN R., [1980], Why Efficiency ? A Response to Professors Calabresi and Posner, *Hofstra Law Review*.
- EDLIN A. [1996], Cadillac Contracts and Up-front Payments : Efficient Investment Under Expectation Damages, *Journal of Law, Economics and Organization*, 12, 98-118.
- EDLIN A., REICHELSTEIN S. [1996], Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment, *American Economic Review*, 83, 478-501.
- FARBER D. [1980], Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract, *Virginia Law Review*, 66, 1444-1445.
- FARES M. [2000], *Contrats incomplets, cadre de renégociation et incitations à investir : une application à la contractualisation dans le secteur gazier libéralisé nord-américain*, thèse de doctorat, Université de Paris I.
- FARES M. [2001], Bilateral Specific Investment, Hold-up and Efficient Contract Remedy, mimeo.
- FONTAINE M. [2001], Fertilisations croisées du droit des contrats, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, Goubeaux et alii (eds), LGDJ, Paris, 347-361.
- GROSSMAN S., HART O. [1986], The Costs and Benefits of Ownership : A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy*, 94, 691-719.
- HART O. [1995], *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford University Press.
- HART O., MOORE J. [1988], Incomplete Contracts and Renegotiation, *Econometrica*, 56, 755-786.
- HART O., MOORE J. [1990], Property Rights and the Nature of the Firm, *Journal of Political Economy*, 98, 1119-1158.
- HATZIS A.N., [2000], The Anti-Theoretic Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory, Draft, Chicago Law School & University of Thessaloniki.

- KRONMAN A. [1978], Specific Performance, *University of Chicago Law Review*, 351-382.
- LEVASSEUR A. [1986], *Le contrat en droit américain*, Paris : Dalloz.
- MAHONEY P. [1995], Contract Remedies and Options Pricing, *Journal of Legal Studies*, 24, 139-163.
- MACNEIL I.R. [1974], The many futures of contracts, *Southern California Law Review*, 47(688) :691-816.
- NÖLDEKE G., SCHMIDT K. [1995], Option Contracts and Renegotiation : A solution to the hold-up problem, *RAND Journal of Economics*, 26, 163-179.
- POSNER R. [1982], *Economic Analysis of Law*, 4th Edition.
- SCHWARTZ A. [1979], The Case for Specific Performance , *Yale Law Journal*, 89, 271-306.
- SPIER K., WHINSTON M. [1995], On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract : Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation, *RAND Journal of Economics*, 26, 180-202.
- ULEN A. [1998], Specific Performance, in P. Newmann (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres.