



HAL
open science

A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson

Thierry Kirat, Laure Bazzoli

► To cite this version:

Thierry Kirat, Laure Bazzoli. A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques : Commons versus Williamson. *Économie appliquée* : archives de l'Institut de science économique appliquée, 2003, LVI (3), pp.171-209. halshs-00004484

HAL Id: halshs-00004484

<https://shs.hal.science/halshs-00004484>

Submitted on 23 Aug 2005

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**A propos du réalisme en économie des institutions et ses implications sur
l'analyse des fondements juridiques des transactions économiques :
Commons versus Williamson**

Laure Bazzoli,

Centre Auguste et Léon Walras, Université Lumière-Lyon 2

<laure.bazzoli@univ-lyon2.fr>

Thierry Kirat,

CNRS – IDHE, Ecole Normale Supérieure de Cachan

<kirat@idhe.ens-cachan.fr>

in

Economie Appliquée, tome LVI, 2003, n° 3, p. 171-179.

<p. 171> Ce papier oppose deux types d'économie des institutions : l'économie des coûts de transaction d'O.E. Williamson, que nous considérons représentative d'une approche formelle, et ce que nous appelons l'institutionnalisme réaliste, que nous associons à l'économie institutionnelle de J.R. Commons. La première partie du papier fonde cette distinction en examinant la question de la méthode à la lumière du débat sur le réalisme en économie. Nous montrons que le programme de recherche de ces auteurs repose sur deux modes profondément opposés de production de connaissance à propos des phénomènes institutionnels - le déductivisme et le pragmatisme -, et nous soulignons les limites inhérentes du premier. Sur cette base, la seconde partie du papier se centre sur une conséquence particulière de cette discussion épistémologique : le statut du droit dans l'étude institutionnelle des <p. 172> transactions économiques. Nous montrons que la TCE conduit à exclure a priori les dispositifs juridiques et les supports du droit des contrats dans son analyse de la régulation privée des structures de gouvernance, tandis que l'IR implique une intégration systématique du rôle du droit positif dans le processus économique-juridique de transaction. Ces deux types d'analyse s'opposent quant à la notion même de contrat et à la considération de ses fondements juridiques. Cette différence a des implications importantes sur la méthodologie et les résultats empiriques qui peuvent résulter de ces deux sortes d'économie des institutions.

This paper opposes two kind of institutional analysis : the Transaction Cost Economics (TCE) of O.E. Williamson, which we consider representative of a formalist approach, and what we call here "Institutional Realism" (IR) that we associate with J.R. Commons' Institutional Economics. The first part of the paper grounds this distinction by examining the issue of method in the light of the debate about realism in economics. We show that the research program of these authors refers to two basically opposite modes of knowledge production about institutional phenomena: deductivism and pragmatism, and we stress the inherent limits of the former. Then, in a second part, the paper focuses on a specific consequence of this epistemological discussion: the status of law in an institutional inquiry into the economic transactions. We argue that TCE leads to excluding a priori legal materials and provisions of contract law in its analysis of private ordering issues, while IR leads to a systematic integration of the role of law in the legal-economic process of transacting. These two kind of analysis differ on their conception of contracts and on their consideration of the legal foundations of contracts. This has important implications for the empirical methodology and outcomes of the two kind of institutional analysis.

INTRODUCTION

L'idée que les institutions jouent un rôle essentiel en économie est désormais devenue une telle évidence qu'elle ne semble plus *a priori* mériter un (ré)examen. Telle n'est pas notre position. Nous pensons notamment qu'il y a des enjeux théoriques et pratiques à distinguer (au < p. 173 > moins) deux types d'économie des institutions et que cette distinction peut être opérée à partir de la question épistémologique du réalisme en économie. Bien qu'elle ne fasse que traverser par les marges la discipline économique, cette question est centrale dans la philosophie de la science au XXe siècle. Elle met en débat les méthodes de connaissance des phénomènes économiques et a des implications majeures quant aux modes d'analyse, théorique et empirique, de ceux-ci. Nous argumenterons ce point de vue en délimitant notre réflexion : en nous centrant, d'une part, sur deux auteurs, Commons et Williamson, que nous considérons représentatifs de façons de faire et de penser l'économie des institutions fort distinctes ; en approfondissant, d'autre part, un domaine-clé de l'économie des institutions présent chez ces deux auteurs qui est celui des relations économie/droit et des supports contractuels des transactions économiques.

Nous souhaitons ainsi mettre en évidence deux types d'économie des institutions en partant (1^{ère} partie) d'une discussion de leurs méthodes de connaissance en ce qu'elles fondent le statut du rapport au réel et le mode d'explication théorique mobilisé, pour ensuite (2^{ème} partie) en approfondir les conséquences sur la conception du droit et des contrats dans l'étude théorique et empirique des transactions économiques. Nous opposerons le programme de recherche de l'institutionnalisme de Commons que nous prenons le parti de qualifier de réaliste (IR), et celui de l'économie des coûts de transaction de Williamson (TCE) que nous prenons le parti de qualifier de formel, ou du moins qui manifeste une tension entre réalisme et formalisme "résolue" par la domination du second terme. Ce débat entre réalisme et formalisme du point de vue de la méthode se traduit dans le statut substantiel ou fonctionnel donné aux institutions en général et au droit en particulier dans l'analyse économique.

I. – LA QUESTION DES METHODES DE CONNAISSANCE DES PHENOMENES INSTITUTIONNELS

Il a été souvent adressé à l'institutionnalisme de Commons deux reproches contradictoires : d'être marqué par un empirisme scrupuleux sans théorie, et de développer une théorisation incompréhensible tant elle est formulée dans un langage ésotérique. De notre point de vue, < p. 174 > comme de celui de Bruno Théret (2002), ces critiques tiennent davantage à un refus de considérer sérieusement un paradigme alternatif à la science économique normale qu'à un examen des fondements, du contenu et de la portée de cet institutionnalisme. Cela n'est pas indépendant de la non discussion des fondements épistémologiques de la connaissance économique, tenant pour acquis que la méthode déductive et les procédures formelles sont le propre de la Science et peuvent être étendues à la connaissance des phénomènes institutionnels, alors même qu'elles ont été constitutives d'une théorisation qui les évacue par définition. Or, ainsi que d'illustres représentants de la discipline commencent à le souligner, tels F. Hahn ou D. North, les limites de la méthode standard apparaissent dès lors que la question des institutions est mise au cœur de l'économie. C'est précisément le message central de l'institutionnalisme : développer une théorie capable d'appréhender les faits

économiques comme des faits institutionnels évolutifs nécessite une méthode de connaissance autre, qui puisse fonder une théorisation réaliste en sciences sociales.

Ce que nous voudrions mettre en évidence est que la question du réalisme constitue le débat de fond et que Williamson, bien que prétendant souvent proposer une théorie plus réaliste que la théorie standard, en garde la méthode (le déductivisme positiviste) et donc l'armature explicative¹. Que l'introduction de nouvelles hypothèses lui permette d'étendre ce paradigme à des objets auparavant exclus est une chose ; mais que cela permette d'appréhender la réalité de ces objets en est une autre. Nous trouvons chez Williamson le biais habituel qui consiste à imposer à l'objet d'analyse des "qualités" dérivées de principes *a priori* nécessaires pour la formalisation visée. Ce qui caractérise au contraire l'institutionnalisme est la volonté de comprendre la société économique concrète, et donc de développer une méthode capable de penser la complexité des faits en la simplifiant sans trop la réduire.

< p. 175 > **I.1. La TCE et l'adhésion au déductivisme**

La TCE, telle que prônée par Williamson, prétend tenter un compromis entre le programme de recherche de l'école de Carnegie incarné par Simon et le programme néo-classique. Ce projet est résumé dans des affirmations telles que "*while TCE is 'more neoclassical', it nevertheless relates to the Carnegie project*" (Williamson, 2000a, p.1) ou "*TCE aspires to be both a 'rational spirit' and a 'Carnegie spirit' construction*" (*ibid.*, p.30). Dans le même ordre d'idée, il faut noter la référence presque systématique que Williamson fait à Commons selon laquelle la TCE développerait une véritable théorie des transactions dont ce dernier aurait eu l'intuition. Ces références éclectiques visent à présenter la TCE comme une approche qui, à la fois, traite du "monde réel des contrats" – donc est réaliste et fondée empiriquement –, et s'inscrit dans le paradigme néo-classique – dont elle utilise le langage (incomplétude, asymétrie informationnelle) et les outils (maximisation), bref le mode d'explication (efficacité) et de théorisation (équilibre), parce qu'il est considéré comme faisant le travail ("*gets the job done*").

Comme l'a souligné Simon (1991), dans un esprit épistémologique proche de celui des institutionnalistes puisqu'il défend la nécessité de faire de l'économie une science empirique, cette double référence est incompatible. Celle-ci cache mal en fait l'adhésion unilatérale de Williamson à la vision standard de la science, c'est-à-dire aux préceptes du déductivisme, que cette vision soit explicitement motivée ou adoptée sans être questionnée. C'est ce qu'il nous faut préciser. Nous le ferons en développant deux points éminemment liés : le statut des hypothèses, d'une part ; le mode d'explication considéré comme permettant une théorisation adéquate, d'autre part.

I.1.1. Le statut des hypothèses de la TCE

Williamson, lorsqu'il veut justifier la participation de la TCE au programme de Carnegie, met en avant que la TCE est attentive à la plausibilité des hypothèses. Il affirme par ailleurs que la TCE est un succès empirique. Cette seconde affirmation n'est en fait pas liée, chez Williamson, à la question du statut des hypothèses mais à celle du test des implications

¹ Nous considérons que si la théorie standard manifeste une grande flexibilité en termes théoriques (ce qu'on regroupe sous le label TSE ou NEI), elle maintient une continuité fondamentale en termes de méthode de connaissance ; c'est à ce niveau que prend sens tant le néo-classicisme comme "science normale" que l'alternative institutionnaliste. Pour des développements épistémologiques, voir notamment Lawson (1997).

réfutables (*cf. infra*). Or, soulignons avec Simon et Commons que, du point de vue du réalisme, l'évaluation de la validité empirique des résultats d'une théorie est indissociable de celle de ses < p. 176 > hypothèses, ce qui, pour les sciences sociales, implique de fonder les théories sur des hypothèses cognitives et comportementales pertinentes du point de vue de l'observation. Qu'en est-il chez Williamson ?

Williamson mobilise deux hypothèses sur l'individu pour élaborer son raisonnement théorique et démontrer que les structures de gouvernance "ont pour objectif et pour effet d'économiser les coûts de transaction" (Williamson, 1994) : celle de rationalité limitée et celle d'opportunisme. Ce qui est frappant dans la façon dont la TCE élabore ces hypothèses est l'absence de véritable support empirique, à moins de considérer que l'appel à l'introspection et au sens commun (la seule justification qu'on puisse trouver chez Williamson étant en effet "la nature humaine telle que nous la connaissons") puisse constituer un fondement épistémologiquement tenable ; autant dire que c'est une gageure aujourd'hui. Si on regarde de près ces hypothèses et leur statut dans le raisonnement de Williamson, on s'aperçoit vite qu'elles sont formulées de façon à construire le problème dont veut traiter la TCE (pourquoi les contrats sont-ils incomplets ; pourquoi existe-t-il des structures de gouvernance autres que le "marché néo-classique") et l'explication qu'elle veut mobiliser (ces structures sont efficaces car le résultat d'un comportement de maximisation dans un "contexte non néo-classique"). Ainsi, le contenu précis des hypothèses est défini en fonction de l'utilisation recherchée, en l'occurrence pouvoir être intégré au calcul économique, permettre une formulation en termes de problème de contractualisation et aboutir à des résultats efficaces (à un "*transaction costs economising result*").

Le caractère limité de la rationalité engendre une incertitude *ex-ante* et l'incomplétude des contrats ; autrement dit, cette hypothèse n'est pas vraiment mobilisée pour une question de réalisme, ainsi que le reconnaît Brousseau (1999), mais parce qu'elle est nécessaire pour sortir du monde des contrats complets. C'est pourquoi, il ne s'agit pas, chez Williamson, d'une limite interne comme c'est le cas chez Simon à partir de l'étude des processus cognitifs (manque inhérent de connaissances, fonctionnement procédural de l'esprit) : il s'agit essentiellement d'une limite externe liée à la "complexité" de l'environnement (au sens du nombre trop grand d'états du monde qu'il faudrait prendre en compte). Suivre véritablement la route simonienne n'est pas possible pour Williamson, car cela conduit au *satisficing* qui est, selon les termes mêmes de l'auteur, un dispositif encombrant : en effet, et pour le moins, cela impose de sortir "du domaine magique de la maximisation" (Simon, 1991), ce que Williamson ne peut faire puisqu'il considère qu'une explication adéquate doit réduire le phénomène < p. 177 > étudié à un comportement de maximisation étant donné l'environnement². Ainsi, la TCE met l'accent sur le caractère rationnel plus que sur le caractère limité afin de pouvoir considérer que les structures de gouvernance choisies sont celles qui minimisent les coûts de transaction. Reste encore un problème de cohérence du raisonnement par rapport à cette hypothèse qui a conduit Williamson à introduire une hypothèse auxiliaire (Slater et Spencer, 2000) pour que la théorie fonctionne : comment des agents à rationalité limitée peuvent-ils concevoir toujours les structures les plus efficaces ? Si l'incertitude était vraiment prise au sérieux, la logique du raisonnement s'effondrerait ; d'où l'introduction de la notion de *farsightedness* (capacité d'intégration, dans les choix, de l'anticipation des propriétés des structures de gouvernance) selon laquelle, finalement, les

² " *Satisficing is cumbersome and we must ask whether the added cost (of non-standard and more complicated modes of analysis) justify the benefit (realism of cognitive assumptions). (...) the answer would appear to be negative. (...) [economists] use a short cut form of analysis that is simple to implement. Albeit at the expense of realism in assumptions, maximisation gets the job done* " (Williamson, cité par Pratten, 1997, pp.793-94).

individus sont capables de transcender les limites de leur rationalité. Il apparaît bien ici que, dans la TCE, les contraintes liées à la rationalité limitée doivent être neutralisées pour pouvoir maintenir une explication par l'efficacité fondée sur un modèle déterministe de choix basé sur le calcul économique.

La même logique anime la seconde hypothèse sur l'opportunisme des agents dès lors qu'il y a spécificité des actifs, opportunisme qui crée une incertitude *ex-post* et des difficultés quant à l'exécution des contrats. Le problème ici du point de vue du réalisme n'est pas en soi l'opportunisme – le *free-riding* existe, on peut le rencontrer. Le problème est d'abord de réduire les mobiles du comportement à l'opportunisme (*quid* de la routine, *quid* de la loyauté dans le travail, etc) au prétexte que c'est logique dans le monde des agents calculateurs, et d'associer *a priori* ce trait au caractère stratégique du comportement (*quid* de l'innovation, de la créativité comme capacité stratégique). Le problème est ensuite de considérer implicitement qu'une seule catégorie d'agents, les employés, poserait ce problème d'opportunisme, ce qui manifeste pour le moins là aussi une inconsistance dans l'usage de l'hypothèse (Moschandreas, 1997) étant donné qu'elle est posée comme définissant la nature du comportement individuel en général. Dans les deux cas, il y a une grande faiblesse du support empirique de l'hypothèse ; celle-ci a d'abord et essentiellement un statut instrumental.

< p. 178 > I.1.2. La question de l'opérationnalité

Ce qui est en cause fondamentalement dans cette discussion, et c'est notre second point, c'est l'adhésion de la TCE à la conception très particulière qu'a la théorie économique standard de l'explication scientifique et les limites de cette conception. Williamson ne développe jamais à proprement parler une réflexion au niveau épistémologique. Mais un argument revient très souvent sous sa plume : celui de l'opérationnalité, comme ce qui définirait ce qu'est une théorie acceptable et qui caractériserait la supériorité de la TCE. Nous suivrons ici la réflexion de Pratten (1997, 2003) qui, à partir de l'épistémologie du réalisme critique développée par T. Lawson (1997), opère un décryptage du sens que l'on peut donner à ce principe.

La question de l'opérationnalité intervient le plus souvent chez Williamson pour rejeter les approches institutionnalistes et évolutionnistes qui prennent en compte les processus et le pouvoir, au motif que celles-ci seraient "difficiles à mener" car fondées sur des concepts "vagues" et manquant de théorisation (Williamson, 2000a). Mais que signifie ce terme qui semble constituer pour Williamson le filtre de ce que doit être une théorie ? D'abord, l'objet de l'opérationnalisation est l'argument d'efficacité posé comme principe explicatif (décliner un raisonnement "de façon à aboutir à un résultat d'économisation des coûts de transaction" comme il est très souvent dit (nous soulignons)). Ensuite, le moyen de l'opérationnalisation, propre à la TCE par rapport à d'autres modèles microéconomiques, réside dans l'identification des attributs critiques des transactions déterminant leurs différences, l'identification des caractéristiques et des coûts associés aux structures de gouvernance alternatives, et "l'alignement" des attributs des transactions et des différentes structures de gouvernance de telle sorte qu'il résulte d'une économisation des coûts de transaction. Enfin, le critère de l'opérationnalisation est de rendre possible la formalisation habituelle en économie, et donc la formulation de propositions testables, c'est-à-dire de prédictions sur la base desquelles une évaluation empirique peut être effectuée.

Ce qui ressort ici est que Williamson adopte la conception traditionnelle de l'explication – la conception positiviste et déductiviste – selon laquelle :

- la connaissance repose sur l'inférence déductive selon un schéma linéaire : théorie (pure) → modèle (opérationnalisation) → prédictions → tests (confrontation aux "évidences empiriques") (Ménard, 2001b) ;

< p. 179 > - la procédure d'opérationnalisation permettant d'élaborer une théorisation adéquate consiste à isoler des régularités constantes (de la forme "quand événement x, alors y", en l'occurrence entre type de transactions et type de structures de gouvernance) supposées produites par un mécanisme stable pour aboutir à des résultats déterminés (*predicted transaction cost economising alignments*)³.

Cette conception soulève notamment deux sortes de problèmes. Elle relève d'une vision de la connaissance selon laquelle le monde de la théorie et celui des faits sont séparés et séparables, et donc selon laquelle le rapport au réel n'intervient qu'en bout de course ; dans cette perspective, elle assimile les tests à une situation où une supposée loi empirique pourrait être vérifiée. Par ailleurs, le déductivisme consiste à généraliser un cas particulier où un mécanisme donné (économisation des coûts de transaction) est isolé, ce qui, dans le domaine social, impose deux types de fermeture sur l'objet d'analyse, une fermeture intrinsèque concernant l'individu (l'hypothèse de rationalité permet de considérer que les individus répondent toujours d'une certaine façon) et une fermeture extrinsèque concernant l'environnement (l'objet d'analyse est isolé de l'influence des aspects de l'environnement qui perturberait la possibilité d'un raisonnement déterministe, en l'occurrence le processus temporel historique d'interaction structures/comportements). Il s'agit au fond de rendre la "réalité" déterminée pour pouvoir modéliser un raisonnement mécanique élaboré *a priori*. On peut penser que, au fond, le programme de recherche de la TCE manifeste une tension conflictuelle entre l'absence d'évaluation critique de la méthode déductiviste d'explication, notamment eu égard à sa pertinence pour étudier l'objet investigué, et la volonté de rendre compte des institutions dans une recherche de "réalisme", tension qui se résout au détriment (reconnu) de celle-ci, comme en témoigne l'interprétation par Williamson de l'hypothèse de rationalité limitée. Selon Pratten, c'est "le maintien de la conception dominante de l'explication et de la science qui contraint Williamson dans ses efforts pour s'attaquer aux questions organisationnelles et institutionnelles qui n'étaient pas traitées par l'économie standard" (1997, p. 798)⁴.

< p. 180 > Ainsi, on voit que les deux thèmes abordés dans cette section sont liés. De l'image de l'enquête scientifique dans les sciences dures, les économistes n'ont retenu que le formalisme et l'ont associé au raisonnement déductif abstrait fondé sur des procédures mathématiques. Ils ont éludé le réalisme des hypothèses car celui-ci est problématique pour le déductivisme. Cette conception conduit – ainsi que l'essai de Friedman l'a "institué" – à considérer que la théorie économique n'aurait pas à rougir d'être "*as if*", puisqu'elle n'est qu'un moyen de dériver des prédictions testables censées pouvoir être vérifiées par des "évidences empiriques". Ce faisant, cette méthode oriente la recherche vers des thèmes et des hypothèses mathématiquement traitables (*tractable*), négligeant ou déformant ce qui ne peut "rentrer" dans le schéma préconçu d'explication, et évitant la question du réalisme des hypothèses et du modèle qui formalise les explications élaborées à partir d'elles. Dans une

³ "What has hitherto been regarded as a set of diverse and anomalous contracting practices has been shown [by TCE] to be variations on a common theme : economising on transactions costs. Although the details differ, the underlying regularities are the same" (Williamson, cité par Pratten, 1997, p. 785).

⁴ La TCE est passée de la position de contestataire timide de la théorie néoclassique à celle de variante de la nouvelle microéconomie. Dans un article récent, Williamson (2002a) souligne bien que la différence entre la TCE et la microéconomie des contrats incomplets de Grossman, Hart et Moore, ne porte pas sur les choix de méthode et le cadre théorique, mais sur les choix analytiques concernant l'étape de mise en œuvre des contrats (*ex-post* ou *ex-ante*) ce qui conduit à des différences de résultats (le "*private ordering*" est réglé soit par des incitations appropriées (théorie de l'agence) soit par structures de gouvernance appropriées (TCE)). En d'autres termes, il ne distingue pas entre un paradigme institutionnaliste et un paradigme néo-classique, mais entre deux éclairages portés sur les phénomènes de contractualisation, cependant basés sur la même approche.

quasi-équivalence non explicite entre le positif et le normatif, elle conduit à imposer les “qualités” voulues – efficacité des marchés, maintien des institutions ou structures de gouvernance – à l’objet d’analyse. C’est à l’encontre de cette image de l’enquête scientifique que se positionne l’institutionnalisme réaliste, ce qui conduit à envisager très différemment le mode d’explication et la nature de la théorisation.

I.2. L’institutionnalisme réaliste comme méthode de connaissance

L’insatisfaction majeure de Commons à l’égard de la théorie économique se situe au niveau de la méthode de connaissance en tant qu’elle est indissociable d’un certain rapport à l’objet de connaissance. Il considérerait en effet que les économistes se perdent dans “ l’illusion de la certitude logique ” dans laquelle “ *things worked out mathematically to an inevitable conclusion* ” (Commons, 1939, p.32). Cette < **p. 181** > méthode produit selon lui une théorisation mécaniste qui implique un monde (objet de connaissance) déterministe et une dichotomie faits / pensée. Or, pour les institutionnalistes, non seulement cette méthode relève d’une vision critiquable des processus de pensée fondant l’enquête scientifique, mais elle s’avère particulièrement inadéquate (elle “ne fait pas bien le travail” pour reprendre en l’inversant la formule de Williamson) pour envisager les phénomènes sociaux produits de l’action humaine. Il est clair que ce débat n’est pas du tout dépassé à ce jour en économie.

I.2.1. Pragmatisme

Commons se fonde notamment sur les leçons du pragmatisme de Peirce, en tant que théorie de la connaissance et méthode de recherche (*inquiry*). Nous retiendrons trois thèses importantes pour notre propos⁵.

Premièrement, toute position épistémologique – conception de la méthode de connaissance – implique en amont une position ontologique – conception de l’objet de connaissance – qui est cruciale quant à la nature des propositions formulées. Pour Peirce, dès lors que l’on prend au sérieux le langage qui médiate la perception et la conception, tout processus de pensée est une activité créative d’invention de significations, de production de croyances. Ce qui distingue alors la science d’autres méthodes de production de la croyance réside dans l’importance accordée à l’expérience pratique (à l’articulation intime du monde interne de la pensée et du monde externe de l’expérience). Cette importance traduit un réalisme ontologique qui fonctionne chez Peirce comme une remise en cause radicale du cartésianisme et du nominalisme qui lui est associé. Le réalisme défend que les objets existent en dehors de notre pensée mais que le réel n’est accessible que par les “signes” (le langage), si bien que le problème est de faire porter le processus de pensée sur des objets réels et de le confronter constamment à l’expérience (seule situation où peut s’établir une connexion entre discours et réalité). La méthode *a priori* n’est pas de cet ordre puisqu’elle produit des énoncés sur la base de ce qui est “ agréable à la raison ” (Peirce, 1878) et soit évacue la question de l’ontologie < **p. 182** > (nature de la réalité) en partant directement d’axiomes, soit en considère une vision “appauvrie” en réduisant la “réalité” au sens commun ou aux “données des sens” (aux événements tels que perçus par l’individu). Du point de vue du réalisme critique, il s’agit au

⁵ La méthode mise en œuvre par Commons est en filiation directe avec la philosophie pragmatiste américaine (pour des développements, voir Bazzoli, 1999), mais elle peut aussi être lue, ainsi que le montre Théret (2002), comme une méthode structurale génétique.

contraire de considérer que la réalité n'est appréhensible que par une communauté de recherche, qu'elle est faite non seulement d'événements directement observables mais aussi de structures à l'œuvre, et qu'elle est essentiellement indéterminée, évolutive et relationnelle.

D'où, une remise en cause de la dichotomie induction / déduction et de la priorité donnée à la déduction, pour mettre au premier plan l'abduction dans la production de connaissances scientifiques. Le pragmatisme est une critique du rationalisme cartésien qui repose sur une séparation du monde matériel, régi par des lois, et de la pensée, la raison permettant de découvrir ces lois. Si on sort de ce paradigme, alors les dichotomies deviennent poreuses :

“ induction depend upon (...) theories governing perceptions of what is experienced (...) and/or sensed ; facts/data are ultimately theory laden. (...) Deduction depends on aprioristic specifications of fact or data, as well as upon the system of logic ; theories are (...) based on perceptions of fact and are ultimately fact-dependent. So facts of induction are theory dependent, and the theories of deduction give effect to the readings of fact ensconced within the theories ” (Samuels, 2000, p.214).

L'abduction est pour Peirce la forme d'inférence produisant des hypothèses explicatives face à des problèmes posés par l'expérience, fondée sur la combinaison de l'induction et de la déduction ainsi comprises et leur continuelle révision. Cette inférence est placée au cœur du *processus* de pensée à propos du réel. L'abduction est la production par l'esprit d'une idée pour interpréter les phénomènes, la déduction consiste alors à inférer logiquement les conclusions de cette idée, et l'induction les confronte à l'expérience. Ainsi, les “idées” (les théories) ne sont pas des essences atemporelles et *a priori*, mais des significations produites et re-produites dans le flux du temps dans un processus d'interaction permanente entre la pensée des faits et l'expérience des faits. Dans les mots de Commons, les idées sont “une construction mentale active de sélection et de transformation interne destinée à analyser et comprendre la complexité autrement ingérable des activités externes ” (1934, p. 17).

Troisièmement, dans cette perspective, la connaissance scientifique est par nature faillible et la question de la vérité en soi n'est pas une bonne question. < p. 183 > Il s'agit plutôt de sélectionner les concepts sur lesquels le raisonnement peut s'appuyer pour interpréter le réel. Pour Peirce, cela implique de délimiter la signification des conceptions et cette délimitation ne peut que reposer sur les effets sensibles des conceptions, c'est-à-dire leurs conséquences pratiques⁶. Or, ces conséquences ne sont pas données une fois pour toute puisque l'expérience s'étend avec le processus de l'enquête et les transformations de la réalité. La recherche de vérités universelles laisse ainsi place à un processus de correction des croyances dès lors qu'elles rentrent en conflit avec l'expérience. De plus, si les conséquences effectives des conceptions théoriques sont le creuset de leur mise à l'épreuve, alors la connaissance n'est pas dissociable de l'action, puisque penser le monde est, en même temps, agir sur lui. De ce point de vue, la dimension normative de l'enquête scientifique est reconnue en tant qu'elle guide la formulation d'hypothèses et l'interprétation des propositions positives ; elle est donc mise à l'épreuve avec celles-ci.

1.2.2. Institutionnalisme

⁶ La maxime de Peirce (1879) qui est au cœur de la position pragmatiste est formulée ainsi : “ Considérer quels sont les effets pratiques que nous pensons pouvoir être produits par l'objet de notre conception. La conception de tous ces effets est la conception complète de l'objet ”. La signification effective d'une proposition et les différences effectives entre idées s'évaluent à l'aune de leurs conséquences dans l'expérience pratique. Le fameux vague des concepts n'est alors pas considéré en soi comme un problème ; pour des développements sur ce point, voir Tiercelin, 1993.

Quelles sont les implications de cette épistémologie générale pour la recherche économique selon Commons ? Elles concernent en même temps l'objet et la méthode de connaissance.

Pour les pragmatistes, sciences de la nature et sciences sociales ne doivent pas être distinguées du point de vue de la logique de l'enquête scientifique – abductive et réaliste – mais du point de vue de la nature de leur objet. L'objet réel des sciences sociales dont fait partie l'économie a pour spécificité de concerner “ l'action concertée mais conflictuelle des volontés humaines prises dans une évolution historique ” (Commons, 1934, p. 719 et s.). Les faits sociaux ne sont pas des données isolées et objectives. La méthode d'investigation diffère alors sur un point précis de celle des sciences exactes : il s'agit, comme l'a montré Max Weber, d'élaborer des outils conceptuels, non pour “copier abstraitement la réalité” car on ne peut isoler un seul principe à l'œuvre, mais pour *comprendre* la “volonté humaine en < p. 184 > action”, qui met en jeu des processus d'anticipation, d'évaluation et de pouvoir, et rendre intelligible la *signification pratique* des institutions et des changements possibles des institutions qui gouvernent le fonctionnement évolutif des transactions. La formulation mathématique et les mesures quantitatives sont subordonnées à cette exigence de compréhension de la complexité et de la signification des faits dont doivent rendre compte les “idéaux-types” construits par le chercheur, elles sont un moyen et non une fin.

De ce point de vue, le mode de saisie du réel (Théret, 2002) par le principe standard de rationalité, qui permet de déduire et modéliser des lois déterministes, n'est pas du tout satisfaisant : il implique en effet d'éluder ce qui fait la substance même de l'objet de connaissance, à savoir le caractère “volitionnel” de l'action humaine (la capacité des sujets à penser et agir le monde) et le caractère historique du système social (processus indéterminé et continu d'évolution). L'institutionnalisme soutient que le monde social est fondamentalement ouvert et que les fermetures imposées par le déductivisme sont non seulement scientifiquement non intéressantes mais surtout erronées. Cette position a au moins trois conséquences. 1) Pour élaborer une théorisation fondée, les hypothèses et catégories d'analyse doivent être ancrées : d'une part dans la psychologie sociale – puisqu'il s'agit d'étudier les transactions effectives entre individus effectifs, on a besoin d'une théorie du comportement en société explicite et réaliste ; et d'autre part, dans l'histoire – puisqu'il s'agit d'appréhender les changements de forme et de sens des règles des transactions en termes du processus lui-même, on a besoin d'une connaissance de la chaîne historique (contingente) des multiples facteurs opérant⁷. 2) Le principe explicatif pertinent n'est alors pas la rationalité individuelle mais les règles contingentes qui constituent les institutions parce qu'il permet d'investiguer à la fois les uniformités/régularités et les variabilités/changements des phénomènes ayant pour origine l'interaction entre < p. 185 > action individuelle et action collective. 3) Les phénomènes économiques ne peuvent être rendus pleinement autonomes s'il s'agit d'envisager leur “institutionnalité” et “évolutionnarité” : au contraire, comprendre la régulation et la transformation des pratiques et structures économiques implique pour Commons de “corrélér l'économie, le droit et l'éthique”. Ainsi, l'auteur considère que :

“Le pragmatisme de Peirce, appliqué à l'économie institutionnaliste, est l'investigation scientifique des relations économiques entre citoyens. Son objet est le tout collectif (*whole*

⁷ L'action humaine s'inscrit dans une temporalité historique, qui est pour Commons celle de la *futurité* qui articule passé et présent par le biais des anticipations. Dans cette perspective, la causalité est placée dans le futur et rendue fondamentalement institutionnelle puisque sans sécurité relative des anticipations, l'action volontaire n'est pas possible (voir Gislain, 2002). On ne peut plus faire alors comme s'il était possible d'isoler l'individu de toute influence extérieure, les “parties” doivent être envisagées avec toutes leurs relations, ce qui, pour Commons implique que les concepts soient historiques : “*the economist must abstract from the empirical data of history only so much as is needed, but not less than is needed*” (1934, p. 722) pour construire ses “idées”.

concern) dont les individus sont membres, et (...) leurs transactions gouvernées (...) non par une loi de la nature, mais par les règles existantes de l'action collective" (Commons, 1934, p 157).

Il est alors assez évident que ce projet de connaissance ne peut être développé dans une théorisation déductiviste "élégante"; mais ce que les économistes envisagent en général difficilement, c'est que l'institutionnalisme développe une autre méthode de théorisation. Autrement dit, ce n'est que si on assimile théorie et inférence déductive fondée sur l'hypothèse de rationalité, qu'on reste sourd au débat sur les fondements empiriques de la théorisation et le type d'abstraction impliqués par l'analyse des systèmes sociaux. Chez Commons, on trouve la mise en œuvre d'une méthode de théorisation dont l'objectif est de maîtriser (toujours partiellement), pour expliquer (autant que faire se peut), la complexité des phénomènes étudiés, envisagés comme un ensemble de processus interreliés potentiellement en transformation. La théorisation est pour lui un processus intellectuel de construction d'idées significatives, c'est-à-dire d'outils mentaux au moyen desquels les objets réels peuvent être appréhendés et la recherche menée. Ce processus repose selon lui sur trois temps de recherche et trois types d'outils permettant de "monter" en abstraction : l'Analyse, ou processus de classification par lequel on établit des similarités et des différences dans les phénomènes observés pour les distinguer en différents "concepts"; la Genèse, ou analyse des changements par l'introduction de la temporalité historique dans les concepts pour élaborer des "principes"; la Synthèse, ou mise en relation de l'analyse et de la genèse pour appréhender les interrelations changeantes entre les parties et les tout en articulant les concepts et les principes dans des "formules". Ce troisième outil d'abstraction est essentiel; on peut l'interpréter comme production d'hypothèses abductives orientant la recherche et donc la compréhension, qui conduit à ce que Commons appelle les *insights* : "*synthesis is not < p. 186 > merely deduction or induction – it is insight into the relationship between the limiting and complementary parts of the whole situation in a world of change and perpetual discovery*" (1934, p. 101). Dans une logique pragmatiste de rejet des dichotomies cartésiennes dont la séparation faits/valeurs, ces hypothèses sont elles-mêmes guidées explicitement par les "philosophies sociales" du chercheur (voir Théret, 2002).

Cette conception du mode de construction théorique est aux antipodes de la vision linéaire "déduction, prédiction, vérification" puisqu'elle met l'accent sur les *processus* de pensée qui articulent observation, abstraction et interprétation, pour construire, modifier et mobiliser des idées. Que devient alors le critère suprême de capacité prédictive d'une théorie? D'abord, l'élaboration de tests à partir de modèles fondés sur des hypothèses qui ont un rapport problématique avec le réel fait douter du sens de ces prédictions et donc des tests. Surtout, l'objectif de prédiction, qui suppose que l'on recherche des résultats mécaniques et déterminés, est contradictoire avec la réalité du monde social : si l'action humaine est volontaire et créative, si les processus à l'œuvre sont non téléologiques, bref si on est dans un monde partiellement indéterminé, alors cet objectif devient manichéen et l'on ne peut être que plus modeste quant aux attentes à avoir face aux théories : rendre les réalités institutionnelles intelligibles et identifier les choix possibles. C'est ainsi en action que la théorie – qui est un outil pour résoudre des problèmes et non une fin en soi – doit être mise à l'épreuve. Le legs de Commons se trouve ainsi non seulement dans les livres mais aussi dans des lois, des expertises, des réformes. Comme le dit ironiquement Gislain (2002), la méthode de l'enquête est "un point faible quant à l'opérationalité préfabriquée des théories de Commons".

1.3. Propos d'étape : une transaction n'est pas une transaction ⁸

Ainsi, la TCE et l'IR constituent deux options fort distinctes du point de vue de la méthode et du programme de recherche qu'elle < p. 187 > induit. La question du réalisme les sépare fondamentalement ⁹. Et, contrairement à ce qui est souvent affirmé, l'IR de Commons n'est pas seulement une critique méthodologique : c'est aussi une construction positive, un système complexe d'outils de recherche (concepts, principes, formules) articulés pour étudier le fonctionnement du capitalisme, qui ne ressemble en rien effectivement au "petit ensemble de concepts logiquement cohérents" (Ménard, 2001b) mobilisés pour rationaliser les questions à étudier et les explications à formuler. En guise de propos d'étape, nous évoquerons une conséquence analytique décisive – qui contient en elle toutes les autres – des deux méthodes de connaissance précédemment discutées : la transaction de Williamson n'est pas la transaction de Commons, contrairement à l'assertion de Williamson.

On peut se demander si la TCE est une théorie des transactions puisque l'élaboration de cette notion est réglée en une phrase, mais admettons : la transaction est donc définie comme un transfert de biens ou services à travers une interface technologiquement séparable. Deux points sont remarquables selon nous dans cette définition : cette notion permet au fond de décomposer la notion classique de fonction de production pour s'intéresser à l'interface entre étapes technologiques ; cette interface objet de transaction est une relation d'échange. C'est pourquoi la transformation fondamentale effectuée selon Williamson par la TCE par rapport à la théorie standard consiste à distinguer deux mondes : celui de l'échange sans identité (échange ponctuel et générique), celui de l'échange où l'identité compte (échange continu et spécifique) engendrant coûts de transaction et problèmes de contractualisation. Ce sont alors les "complications contractuelles" inhérentes à ce second monde (liées à trois attributs des transactions : spécificité, incertitude, fréquence) qui expliquent que les transactions d'échange ne sont plus seulement gouvernées par le "marché" – le mécanisme des prix – mais aussi par les firmes – le mécanisme de la hiérarchie – ou d'autres formes contractuelles complexes. Il y a, dans ces cas, échec des "transactions idéales" de l'économie et efficience allocative d'autres structures d'échange du point de vue de l'économisation des coûts de transaction.

< p. 188 > Cette transformation fondamentale n'est pas du tout celle que Commons envisageait pour sa conception de la transaction comme unité majeure d'analyse économique, unité dont l'élaboration théorique s'étend sur l'ensemble de son œuvre. Premièrement, en tant que *concept*, la transaction est le moyen de rompre avec la problématique courante de l'économie centrée sur l'échange des biens : le point crucial du comportement économique n'est pas le transfert physique des choses mais le transfert des droits sur les choses, transfert (actuel) de leur contrôle légal qui précède leur contrôle physique (futur). Williamson continue donc dans l'erreur de base des économistes qui consiste, selon Commons, à assimiler bien et propriété, et, sur cette base, à taire le fait que l'échange est une négociation sur le transfert des droits de propriété pour posséder et contrôler l'usage des biens, négociation impliquant forcément alors exercice du pouvoir économique (persuasion et coercition). Deuxièmement, cette redéfinition de l'échange (et avec lui du marché) par la notion de transaction fait que l'échange n'est plus l'unique catégorie de base de l'économie : l'étude du processus économique historique implique non seulement la forme marchande (*bargaining transaction*),

⁸ Nous reprenons ici, sous forme affirmative, le titre d'un article de Ramstad (1996) qui développe les différences de fond entre les principaux concepts de Williamson et de Commons. Voir aussi Dugger (1996).

⁹ L'affirmation souvent réitérée selon laquelle "sans rationalité limitée et sans opportunisme, les problèmes de la TCE n'existeraient pas" est ainsi peu compréhensible pour un réaliste.

mais aussi la forme productive (*managerial transaction*) et la forme distributive (*rationing transaction*). Ce qui distingue ces trois types de transaction – et permet donc de les “opérationnaliser” en *principes* – est leur objet (échange des droits sur la richesse, création de la richesse, répartition des droits sur la richesse), le statut économique et juridique des transactants, et en amont les types de règles les gouvernant, bref leur contenu à la fois objectif et institutionnel. Troisièmement, la transaction est une *formule* pour comprendre les relations de conflit, de dépendance et d’ordre nouées entre les individus dans l’activité économique. Autrement dit, les transactions articulent les dimensions interactives (l’action individuelle comme trans-action mettant en relation les volontés humaines, à la fois dépendantes et conflictuelles) et institutionnelles (l’action collective instituante et instituée produisant les *working rules* des transactions donc un ordre temporaire au-delà des conflits – “l’action collective en contrôle, libération et expansion de l’action individuelle”).

Ainsi, si Commons fait de la transaction l’outil mental crucial de la recherche c’est en tant qu’il permet d’investiguer la complexité des dimensions pertinentes de l’*activité* économique et l’interaction des niveaux individuels et collectifs. Cet “institutionnalisme méthodologique” conduit, d’une part, à prendre en compte la multidimensionnalité des principes agissant (efficacité, rareté, futurité, souveraineté, règles opérantes) et donc des logiques d’action (les comportements ne sont < p. 189 > jamais univoques), et, d’autre part, à envisager les transactions comme des unités d’activité indissociablement économiques et juridiques, autrement dit qui impliquent l’interaction des ordres “privés” et “publics”.

Williamson, pas plus qu’il ne peut suivre la route de Simon sur la rationalité, ne peut suivre celle de Commons sur la transaction. Si, effectivement, l’étude des transactions (notamment des transactions d’échange) implique celle des contrats, il s’agit maintenant d’approfondir les conséquences des “fermetures” imposées par le déductivisme sur l’analyse des objets juridiques en parallèle aux éclairages apportés par un institutionnalisme réaliste.

II. – UNE CONFRONTATION ANALYTIQUE ET EMPIRIQUE SUR LE DROIT ET LES CONTRATS DANS LES TRANSACTIONS ECONOMIQUES

Nous nous proposons maintenant de développer la réflexion précédente en confrontant l’IR et la TCE sur un objet central : le contrat¹⁰, en nous en tenant ici à la question générique de savoir s’il fait sens, pour un économiste s’intéressant aux institutions, de donner une importance à la nature juridique du contrat : est-elle une caractéristique extérieure aux contrats dont le déroulement échapperait à l’emprise du juridique, ou est-elle au contraire une dimension institutionnelle constitutive des situations de coordination et des positions d’action ? Au fond, on peut poser à propos du droit la même interrogation que celle à laquelle la science économique a été confrontée, dans son histoire, pour la monnaie : simple voile neutre de l’échange, ou élément central d’une économie monétaire de production ?

Nous procéderons en trois temps : d’abord, nous cadrerons la nature des discours de l’IR et de la TCE sur le statut du droit dans l’analyse institutionnelle de l’économie. Ensuite, nous analyserons la notion de contrat et son rapport au substrat juridique dans la problématique des

¹⁰ Objet composite, complexe, le contrat est une forme juridique qui devrait interdire d’en parler en termes généraux : il serait plus juste de traiter de la diversité des contrats au regard de leur objet (vente, travail, assurance, etc.), de leur nature (certain, aléatoire), ou de leur domaine juridique (droit privé ou droit administratif). Faute de temps et d’espace, nous renvoyons à d’autres travaux (Kirat, 2002a,b).

transactions de Commons et dans celle des structures de gouvernance < p. 190 > de Williamson. Enfin, nous mènerons une première discussion des travaux empiriques sur les contrats et le droit des contrats, en nous interrogeant sur les contributions respectives de l'IR et de la TCE.

II.1 Le statut du droit dans l'analyse institutionnelle de l'économie

La revendication de “tenir compte du juridique” semble commune à Commons, qui considère l'interaction de l'économie et du droit comme un pré-requis de l'IR, et à Williamson, qui situe sa contribution à l'intersection de l'économie, du droit et de la science des organisations. Il faut aller au-delà de cette proclamation et analyser les rapports avec le droit et les sciences juridiques de chacune des constructions théoriques, pour discuter leur réalisme juridique.

II.1.1. Ce que “ tenir compte du droit ” veut dire

Commons a élaboré son économie institutionnaliste sur la base d'une réflexion sur les relations entre droit et économie. En effet, l'étude historique du capitalisme qui alimente sa théorie met en évidence que le développement de l'économie moderne est indissociable de celui de l'Etat de droit et que les relations d'échange et de production opèrent empiriquement avec des règles juridiques (Commons, 1924, 1925). L'économie est alors pour Commons une science empirique de la coordination des actions individuelles et collectives à base de règles, qui intègre les conflits d'intérêts et les rapports de pouvoir entre groupes sociaux car les règles sont produites pour une large part dans le cadre de leur régulation ¹¹, et qui implique de situer l'analyse des actions et des règles dans le cadre des catégories instituées et des procédures établies. L'étude substantielle des matériaux juridiques, et notamment des décisions de justice effectives, fait alors pleinement partie de la méthode pragmatiste de l'IR, en ce qu'elle permet d'observer les changements dans les règles cruciales pour l'économie – notamment les droits de propriété et les contrats – et leur sens pratique ¹².

< p. 191 > Dans cette perspective, Commons a activement participé à un courant de recherche critique au sein des sciences juridiques, lié lui aussi à la philosophie pragmatiste, qui visait à placer la pratique juridique et la théorie du droit dans le cadre de la régulation sociale. Ce courant (1890-1940), qualifié de *sociological jurisprudence* et de *legal realism*, s'est centré sur une remise en cause du fétichisme et du formalisme de la pensée juridique classique, pour saisir le droit, notamment judiciaire, comme un phénomène social et comprendre la dynamique du “droit en action”. Commons a ainsi construit sa conception des relations droit-économie sur la base d'une théorie critique et d'une analyse du droit *positif*, visant à comprendre ce que le droit est et fait. De ce point de vue, on peut dire que le statut du droit dans l'IR est très proche de la vision wéberienne de la *mise en œuvre* des normes juridiques, selon laquelle “ l'ordre économique et l'ordre juridique sont en rapport l'un avec l'autre de la manière la plus intime, à condition que le second soit envisagé non dans son sens juridique

¹¹ Cette coexistence des rapports de coordination et de conflits nous pousse à être dubitatif quant à la frontière que B. Théret (2000) établit entre ces deux domaines.

¹² “ *Institutional economics consists partly in going back through the court decisions of several hundred years, wherein collective action (...) takes over, by means of these decisions, the customs of business or labor, and enforces or restrains individual action, wherever it seems to the Court favorable or unfavorable to the public interest and private rights* ” (Commons, 1934, p. 5).

[classique], mais dans son sens sociologique, c'est-à-dire dans son application réelle [*empirisch*] ” (Weber, 1922).

En comparaison, la TCE de Williamson ne repose pas sur une théorie et une analyse du droit positif mais s'appuie sur *une thèse* sur le droit issue de la “sociologie des contrats relationnels”. Développée dans les années 1960-1970 par les sociologues Macaulay puis Macneil, cette approche consiste à élaborer une typologie distinguant trois formes de droit : le droit classique, le droit néo-classique et le droit évolutif. Cette approche a été ensuite reprise et reformulée dans des termes économiques par Goldberg et Williamson pour distinguer trois formes de contractualisation : marchande, hybride et hiérarchique. La TCE mobilise cette typologie sur le droit sans aucune discussion et justification de sa validité dans l'univers du droit positif et de la pensée juridique. L'enjeu est effectivement autre : cette thèse cadre avec celle que vise à défendre Williamson sur l'autonomie de la régulation privée (*private ordering*) et le caractère alternatif du concept de contrat relationnel à celui de contrat comme règle légale (Williamson, 2000b). Or, aussi bien cette manière de procéder que le contenu de la thèse conduisent à ne pas analyser la manière dont les acteurs se comportent vis-à-vis du droit qui encadre objectivement leurs interactions (en < p. 192 > l'occurrence le droit des affaires pour les formes marchandes et hybrides, le droit du travail pour les formes hiérarchiques et hybrides) et mobilisent des dispositifs variés en situation d'action.

Il est ainsi remarquable de noter que si Commons et Williamson situent tous deux leur prise en compte du droit vis-à-vis d'une critique du formalisme juridique, cela signifie, pour le premier, la nécessité d'appréhender concrètement ce que le droit fait dans le champ des pratiques économiques, alors que cela conduit le second à éluder la recherche du fonctionnement économique du droit tel qu'il existe.

II.1.2. De quel droit ? sur le réalisme juridique des conceptions économiques

L'adhésion à l'une ou l'autre des deux économies des institutions est donc déterminante dans la façon de considérer le soubassement et la texture juridiques des transactions économiques.

L'ancien institutionnalisme mobilise une analyse réaliste du droit en étudiant empiriquement les corpus de règles existantes et leurs transformations *via* notamment l'étude des conceptions et des critères qui guident les décisions des tribunaux et des pouvoirs publics (De Schutter, 1999). Sur cette base, le droit se voit accorder un rôle significatif dans la compréhension des conditions effectives de la coordination au sein des transactions et l'enjeu théorique est alors celui de l'articulation intime des différents ordres de régulation des relations économiques (ordre public / ordre privé, ou selon les termes de Commons, juridico-politique, économique, éthique), ordres qui fonctionnent concrètement de concert. Ainsi, la question posée par l'IR vis-à-vis du droit est celle de l'usage des dispositifs juridiques par les acteurs, de la définition des capacités d'action par le droit, de la sécurité des anticipations sur les conséquences du comportement des parties, et sur l'action des tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'une dispute.

Le nouvel institutionnalisme dans sa version TCE mobilise, sans examen critique d'aucune sorte la théorie des contrats relationnels. Sur cette base, la juridicité des transactions et des contrats est neutralisée et l'enjeu théorique est de fonder la prédominance des *private orderings*. Cette neutralisation et cette prédominance sont le produit *logique* de l'idée, adoptée par Williamson, selon laquelle l'incomplétude des contrats est présente dans les transactions qui échappent au modèle de l'échange au comptant de biens standardisés entre parties anonymes, modèle qui seul constituerait l'objet des règles légales. Williamson fait

< p. 193 > ainsi une curieuse association entre les “ transactions idéales ” de l’économie (l’échange par le marché concurrentiel) et du droit (contrats explicites réglés par le “ droit classique ” faisant appel aux tribunaux en cas de litiges). Tout logiquement, s’il y a échec des premières dès lors que l’échange n’est plus sans identité, il y a échec des secondes ; ce qui permet d’affirmer alors que le règlement judiciaire des conflits est inefficace. Ce point de vue pose de sérieux problèmes quant au réalisme des images du droit ainsi véhiculées. Le juriste qu’est R. Posner (1993) considère à cet égard que la théorie de Macneil est “ creuse ” et qu’elle ne devrait pas être considérée comme “ un guide fiable sur la nature et les problèmes du droit américain moderne des contrats ” (p. 84, note 20). Selon nous, le problème a sa source dans la façon dont la TCE définit *a priori* son objet d’analyse – l’étude de la contractualisation privée – ce qui conduit à partitionner le monde en deux ensembles étanches, l’un formellement juridique, l’autre ontologiquement économique. Cela a pour effet de neutraliser le droit et les institutions (l’Etat, le juge) dans le fonctionnement des structures de gouvernance, en dehors de toute considération de réalisme des propositions formulées. Comme le souligne E. Posner (2002) :

“ la littérature sur les contrats incomplets diverge de celle de la *Law and Economics*.... La théorie des contrats incomplets a été avant tout motivée par une curiosité pour la description de la contractualisation privée, pas pour le droit des contrats. En conséquence, le droit des contrats est habituellement traité d’une manière excessivement simpliste... ” (p. 24).

Il n’est pas inutile d’insister sur les enjeux de l’interprétation de la place de ce que Commons appelait la *sovereignty* dans les transactions. Il est vrai que le juge ou le fonctionnaire ne sont pas physiquement présents dans les organisations pour dire aux agents ce qu’ils devraient ou ne devraient pas faire ; il est tout aussi vrai que l’institution ne fait rien par elle-même : il faut qu’on la saisisse pour qu’elle fonctionne. Commons avait bien envisagé ces questions, dans sa critique de l’idée selon laquelle si on voit l’ordre public comme un gros bâton (*big stick*), le fait que celui-ci ne soit pas continuellement activé dans l’immense majorité des transactions serait un signe du caractère strictement privé des contrats ainsi hors d’atteinte de l’Etat, et de l’autonomie de régulations d’autre nature. Commons estimait ce raisonnement fallacieux, car il élude la question centrale de la régulation des conduites : l’anticipation du futur. Ainsi,

< p. 194 > “l’omniprésence de la force ne signifie pas que la force physique soit réellement employée dans toutes les transactions – ce serait aussi bien l’anarchie que l’esclavage. Elle signifie que la force a été incorporée dans certaines règles de procédure, et que la confiance en ces règles permet aux individus et aux groupes d’avancer sans crainte du *sheriff*, s’ils se comportent conformément aux règles dans leurs transactions économiques. ... l’omniprésence de la souveraineté est simplement la fonction de futurité, qui guide les transactions du présent sur une anticipation de la forme que prendra l’exercice de la force dans le futur. C’est cette futurité qui articule le droit et l’économie ... ” (Commons, 1934, p. 696).

La théorie des coûts de transaction tombe donc dans le piège dénoncé par Commons : en caricaturant, elle déduit du fait que le juge n’étant pas directement présent dans les contrats et ceux-ci n’étant pas complets, ces derniers échappent à une régulation judiciaire, et tombent exclusivement dans la sphère des régulations privées posées comme alternatives.

II.2. Contrat, transactions (Commons) et structures de gouvernance (Williamson)

Comme nous l’avons montré dans la première partie, il est plus que curieux que Williamson se présente comme un prolongateur de Commons en affirmant que la transaction est l’unité de base de l’analyse. Découlant de la dissonance épistémologique qui sépare les deux corpus théoriques, le statut du droit y est antithétique : problématique de l’encastrement institutionnel des transactions d’un côté, de leur régulation privée de l’autre. Il s’agit maintenant

d'approfondir les différences entre la juridicité des transactions de Commons et le contenu juridique que Williamson donne à la notion de structures de gouvernance, de même que les conclusions différentes sur la place du juge et l'interprétation judiciaire des contrats.

II.2.1. Les contrats et le droit des contrats dans les transactions et dans les structures de gouvernance

Il est incontestable que Commons n'a pas théorisé les contrats en tant que tel. Toutefois, il est possible de situer le problème du contrat dans son analyse des transactions et des *working rules*. Au fil de son œuvre, Commons a considéré le contrat comme une forme juridique, < p. 195 > instrument de sécurité des anticipations, relais de la présence de l'Etat et du droit public dans les transactions privées, et outil d'équilibrage entre des intérêts divergents sous l'effet de l'interprétation judiciaire et de la jurisprudence. Mais Commons est allé plus loin, en discutant la question de la nature des contrats : produit de la volonté individuelle souveraine, ou processus social qui articule action et règles ?

Sans entrer dans le détail de l'analyse philosophique que Commons menait sur le problème de la volonté, on ne retiendra qu'un élément de son raisonnement : selon lui, la tradition idéaliste et rationaliste issue de Locke, qui marque tant la pensée juridique classique que la pensée économique, conduit à concevoir l'exercice de la volonté individuelle sur un mode binaire et à raisonner en termes d'oppositions. Ainsi, l'exercice de la volonté en matière contractuelle se résumerait à un choix entre deux options initiales : soit contracter, soit ne pas contracter ; puis, s'il y a eu choix de contracter, entre deux autres options contradictoires : soit pleinement exécuter les obligations, soit ne pas les exécuter. Dans tous les cas, un acte est jugé sur la qualité de la volonté sur laquelle il se base, soit pleinement souveraine, soit contrainte ; la liberté de volonté est alors assimilée à l'absence de coercition.

Commons a édifié une conception alternative à cette logique. Il a soutenu que la volonté n'est pas un acte individuel discret, mais un processus social dans lequel la volonté s'exerce en continu, dans le flux des activités, et s'inscrit dans des habitudes (collectives) de pensée. De plus, l'exercice de la volonté est aussi l'exercice d'un pouvoir, ce qui implique de considérer la volonté sous l'angle de sa quantité : celle d'un individu n'est par exemple pas équivalente à celle d'une organisation. En conséquence, un contrat est moins le produit de la volonté souveraine individuelle qu'une institution sociale qui canalise des rapports de pouvoir et ne se résume pas à des oppositions binaires : en tant qu'institution juridique, un contrat contient simultanément, et de manière non contradictoire, des obligations et des limites à leur exécution. Sa reformulation des notions juridiques d'exécution (*performance*) et d'abstention (*forbearance*) lui permet de soutenir que la dernière n'est pas le contraire de la première, mais une limite qui pèse sur elle, donc un pouvoir conféré à une partie d'exercer des contraintes sur le co-contractant. Commons vise à montrer que le processus de trans-action entre individus (les contrats) et le fonctionnement des institutions (le droit des contrats) sont inséparables. Une transaction est une matrice qui cristallise un processus historique d'équilibrage des intérêts et traduit la présence de l'Etat. Ainsi, parce ce qu'elle est inscrite dans des règles, toute action contient les limites de son déploiement. Les règles juridiques sont justement cruciales en ce qu'elles délimitent les opportunités, statuts et pouvoirs réciproques des parties prenantes à la transaction, autant de dimensions < p. 196 > dont la définition n'est ni fixe et ni absolue puisqu'elle dépend de la législation et de la jurisprudence.

La TCE, au contraire, vise à neutraliser le droit dans l'étude des transactions. Cette neutralisation se révèle dans un glissement d'apparence syntaxique – et pourtant lourd de conséquences sémantiques – entre “contrat” et “accord” ou “structure de gouvernance”.

Commençons par donner des exemples significatifs de ce glissement dans l'ouvrage de Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*. Dans le chapitre intitulé "Homo Contractor", où il traite notamment des hypothèses de comportement adaptées à l'étude des problèmes de contractualisation, la question du contexte juridique de la coordination par contrat est à peine évoquée ; quand il l'est, c'est dans des termes définitifs et jamais étayés¹³. Nous retrouvons là l'élaboration *a priori* des hypothèses et ses conséquences sur le cadre analytique adopté, en ce qu'action individuelle et règles collectives ne sont pas pensées ensemble. De même, dans le chapitre consacré à "la gouvernance des relations contractuelles", Williamson présente les traditions de contractualisation en résumant simplement la typologie de Macneil, puis passe à la présentation de la gouvernance efficace, qu'il lie directement à la typologie précédente. Nulle part n'est étudiée la question du fonctionnement des dispositifs existant du droit des contrats dans ces structures.

Ce qui est en cause dans ce glissement, souvent impromptu, de l'analyse des contrats à celle, en fait, des accords interindividuels, c'est la partition artificielle entre le juridique et l'économique établie par la TCE qui conduit à développer une conception a-juridique de la contractualisation entretenant un flou permanent entre les deux notions. Or, accord et contrat ne sont pas équivalents. Un contrat suppose un accord, mais le contrat ne s'y réduit pas. La démarcation entre l'accord et le contrat tient à l'attribution d'une force juridique aux obligations ou aux promesses convenues par les parties. Le droit positif use, pour cela, d'un certain nombre de critères dont la satisfaction permet de considérer l'accord comme contrat donc "enforceable", c'est-à-dire bénéficiant des garanties juridiques produites par l'Etat. Ce constat permet d'affirmer, en paraphrasant Salais (1998), que c'est une manière pour l'Etat d'être "présent" dans les situations de coordination.

< p. 197 > Nous pouvons à ce propos relever les erreurs que Williamson commet dans l'interprétation d'une référence juridique ponctuelle qu'il utilise pour justifier sa conception a-juridique de la contractualisation. En effet, Williamson s'appuie, dans *The Economic Institutions of Capitalism*, sur un important juriste américain des années 1920 et 1930, Karl Llewellyn, protagoniste du mouvement du réalisme juridique, mais il en tire une conclusion contradictoire avec le propos de ce juriste.

Williamson prête à Llewellyn d'avoir contesté "la jurisprudence dominante qui mettait l'accent sur les règles juridiques" et montré qu'il "fallait *au contraire* apporter plus d'attention aux objectifs que devait servir le contrat" (1994, p. 22, nous soulignons). Il en conclut que Llewellyn "remet radicalement en cause l'hypothèse commode, à la fois en droit et en économie, selon laquelle le jugement des tribunaux était de façon routinière invoqué pour faire respecter un contrat" (p. 23), et qu'il serait ainsi "un précurseur de la littérature plus récente sur les "arrangements privés" (*ibid.*).

Dans l'interprétation de Williamson, s'intéresser aux objectifs portés dans les contrats conduit à mettre à distance les règles juridiques. Or, Llewellyn ne défendait pas cette thèse : il ne niait pas, au contraire, la place du droit dans la conduite des échanges, mais contestait le regard que la pensée juridique classique jetait sur elle. Il militait pour que les juges prennent en compte les effets des contrats et leur dimension de relais de la *public policy*, et invitait les juristes à adopter un point de vue réaliste sur le droit des contrats en tant que guide de l'ajustement des contrats, de la définition des obligations, et de leur interprétation judiciaire. Et c'est dans ces dimensions qu'apparaît pleinement le rôle des dispositifs juridiques dans la conclusion,

¹³ Par exemple, lorsque Williamson avance sans davantage de justification la phrase suivante : " Etant donné... l'inapplicabilité de clauses générales et l'inclination des agents humains à faire des déclarations fausses et trompeuses..." (1994, p. 85).

l'exécution et l'*enforcement* des contrats. L'interprétation de Williamson est donc en contradiction avec la conception de Llewellyn¹⁴. Celui-ci conclut d'ailleurs l'article cité par Williamson d'une manière très claire : “ *The ad hoc approach of case-law courts is sane, it cuts close to need, it lives, it grows. And the work of law and lawyers in the contract field... has vital meaning* ”¹⁵.

< p. 198 >

II.2.2. Le juge et l'interprétation judiciaire des contrats

Les positions de Commons et de Williamson sur la place du juge et de l'interprétation judiciaire des contrats sont parfaitement antithétiques, contrairement là encore à ce qu'en dit Williamson selon qui le message de Commons serait resté “ lettre morte, se heurtant à l'opinion alors dominante qui considérait les tribunaux comme les principaux lieux de résolution des conflits ” (Williamson, 1994, p. 22).

Commons a systématiquement considéré que, les transactions étant inscrites dans l'action collective, le travail judiciaire et ses produits (les décisions fixant des interprétations de la valeur légale des promesses, les obligations réputées présentes dans le silence du contrat, les ressorts légaux de l'inexécution, les remèdes applicables, etc.) sont constitutifs des mécanismes contractuels. C'est pourquoi il affirme que, dans toute transaction d'échange, il y a non seulement deux parties, mais aussi deux autres acheteur et vendeur potentiels ainsi qu'une cinquième partie, à savoir l'autorité régulatrice – le juge – qui établit les règles légales de la transaction (droits, obligations, libertés, pouvoirs) et résoud les disputes à leur propos. Plus généralement, l'institutionnalisme se sépare de la pensée économique précisément sur le point que les notions économiques de “propriété” et de “contrat” ne peuvent être envisagées comme des termes auto-définis, ne nécessitant pas d'explication, et a-juridiques. Cette vision naturaliste évacue justement le fait qu'il s'agit d'ensemble construit de droits, dont le contenu est évolutif et qui dépend des décisions judiciaires dans la résolution des conflits à leur propos. Les comportements économiques et les mécanismes contractuels sont donc façonnés et normalisés par une longue série de décisions judiciaires qui établissent, à un moment donné du temps, les cadres institutionnels mis en œuvre dans les transactions.

La TCE n'a pas besoin de prendre en considération les décisions judiciaires puisqu'elle pose *a priori* que le règlement judiciaire des conflits est inefficace et qu'elle vise à *isoler* un espace non judiciaire du comportement contractuel (Williamson, 2000b). De la partition fondamentale entre l'économie et le droit découle une partition entre deux principes de régulation, public et privé. Si cela place le système juridique dans le contexte des structures de gouvernance, l'auteur procède d'une façon “ rendant claire sa croyance que le “*private ordering*” constitue un domaine distinct [du “*public ordering*”] avec un mécanisme dont le fonctionnement et les effets peuvent être compris séparément ” (Ramstad, 1996, p. 418). En effet, en définissant le *private ordering* comme la régulation des relations bilatérales par les par- < p. 199 > ties elles-mêmes (*in a self-help way*), Williamson, d'une part, continue la tradition qui oppose sphère publique (caractérisée par l'exercice du pouvoir et de la contrainte) et sphère privée (caractérisée par l'exercice de l'action libre), et, d'autre part, estime sur cette base que l'on ne peut rien inférer des règles publiques sur la conduite des

¹⁴ Qui a été abondamment commentée et discutée en théorie et en sociologie du droit ; voir Cotterrell (1989).

¹⁵ Llewellyn, “What Price Contract ? A Essay in perspective”, *Yale Law Journal*, 1931, partiellement reproduit dans *American Legal Realism*, Fisher III, Horwitz et Reed (Eds), Oxford University Press, 1993, p. 87.

transactions bilatérales (surtout lorsqu'elles sont complexes, idiosyncrasiques, que les agents possèdent des connaissances invérifiables, etc). Le *private ordering* prend alors le pas sur le *public ordering* : la régulation privée a l'objectif et l'effet d'établir des incitations et de maîtriser les problèmes contractuels lorsqu'ils surviennent. Le mode d'explication appliqué par Williamson le prévient ainsi de donner du poids aux décisions judiciaires. Cette conception est donc très différente de celle de Commons, qui s'est employé à démontrer l'existence de processus d'incorporation de dimensions de droit public dans les contrats privés et l'importance des décisions judiciaires dans ce processus.

On pourrait admettre l'idée de Williamson, si elle signifie que les parties définissent le cadre de leur relation en puisant dans le droit des contrats les instruments de la maîtrise des problèmes contractuels (par des clauses de variation des prix, de renégociation, des clauses compromissaires, des clauses pénales, etc.). Mais ce n'est pas la conception qu'il se fait des relations entre règles publiques et régulation privée : il entend cette dernière comme une régulation déconnectée des dispositifs juridiques, comme en témoigne cette proposition :

“ *because the courts forbear (refuse jurisdiction over internal disputes except as “fraud, illegality or conflict of interest” are shown), the firm, in effect, becomes its own court of ultimate appeal* ” (2002a, p. 4) ¹⁶.

< p. 200 >

II.3. Sur la portée empirique des analyses économiques du contrat... ou du droit des contrats : une première approche

Les tenants de la TCE lui attribuent l'avantage comparatif de fournir le cadre à de nombreuses recherches empiriques sur les contrats dans les structures de gouvernance et de constituer une “ *empirical success story* ” (Ménard, 2001b). Il est certain qu'on ne peut que constater un déséquilibre quantitatif entre les recherches empiriques menées dans le cadre de la TCE et celles menées dans celui de l'IR au profit des premières ¹⁷. Nous nous attarderons pour finir sur cette revendication de “succès empirique”, en proposant une évaluation de la portée

¹⁶ Le sens pratique de cette proposition est pour le moins problématique. Si elle signifie que les firmes sont un lieu de régulation de conflits, alors nous ne voyons pas pourquoi cette évidence est accolée à la notion de cour d'appel. Si cette notion signifie que les firmes se dotent de procédures à deux niveaux, dont un d'appel, pour régler les conflits internes, alors on aimerait en savoir plus. Si elle signifie que les parties sont réticentes à faire régler les conflits par les tribunaux, alors on ne comprend pas pourquoi les conseils de prud'hommes rendent annuellement plusieurs milliers de décisions. Par ailleurs, l'affirmation que les tribunaux refusent de traiter les conflits internes mériterait une validation empirique ou, *a minima*, des justifications au regard de la procédure civile. Enfin, les “contrats internes à la firme” renvoient, dans l'ordre de la relation d'emploi, à l'exercice du pouvoir hiérarchique de l'employeur, et l'exercice de ce pouvoir prend sa source légitime dans le “*public ordering*”, c'est-à-dire dans l'ordre juridique (Jeammaud, Kirat, Villeval, 1996).

¹⁷ Ce constat général, qui a une multiplicité de causes que nous n'évoquerons pas ici, peut cependant être nuancé. En ce qui concerne les contrats et la relation droit-économie, la recherche empirique institutionnaliste existe. Aux Etats-Unis, on peut signaler les travaux de W.J. Samuels ainsi que des travaux portant sur la fabrication et la mise en œuvre des normes d'emploi du Bureau International du Travail (McIntyre et Ramstad, 2002), la politique de l'environnement (Mercuro, 2000), les expropriations pour cause d'utilité publique (Mercuro, 1992). En France, des travaux empiriques sont réalisés par Kirat, Bayon et Blanc (2001) sur les marchés publics de la Défense, par Kirat (2002, 2003) sur la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à la répartition des risques dans les contrats administratifs, par Marty (2002) sur les changements de conventions de réglementation du secteur électrique français observée *via* l'activité du Conseil de la concurrence, par Montagne (2001, 2002) sur l'enracinement de la pratique des gestionnaires de fonds de pension aux Etats-Unis dans l'interprétation judiciaire de la responsabilité fiduciaire du *trustee*, et par Barthélémy, Boinon et Nieddu (2002) sur la difficile coexistence entre une logique marchande et une logique patrimoniale dans les entreprises agricoles.

empirique de deux points de vue : celui du réalisme des propositions “testées”, d’abord ; celui de la méthodologie par laquelle la recherche empirique est menée, ensuite.

La question centrale, sur le premier point, est tout simplement : qu’est ce qu’un contrat ? Notre propos dans ce texte a été de montrer qu’il était essentiel de distinguer deux types de réponses à cette question : des définitions formelles et logiques, qui sont celles proposées par les théories microéconomiques des contrats incomplets, des contrats incitatifs, et la TCE ; et des définitions réalistes et institutionnelles, qui caractérisent les travaux de l’IR mais aussi ceux portant sur le droit des contrats développés au sein de la “nouvelle Law and Economics”. Les théories de la première catégorie se donnent pour objet les relations bilatérales formalisées au regard d’hypothèses relatives à la répartition de < p. 201 > l’information entre les agents et au comportement rationnel, hypothèses mettant en échec les fameuses transactions idéales de l’économie standard tout en mettant hors propos les dispositifs juridiques des relations contractuelles. A l’inverse, celles qui se situent dans notre deuxième catégorie portent soit sur les propriétés des dispositifs juridiques réels en tant qu’ils influencent la qualité des relations contractuelles (nouvelle Law and Economics), soit sur le droit en général, et des contrats en particulier, en tant qu’il permet de rendre intelligibles les processus de coordination et le cadre évolutif de l’action individuelle et collective (IR). Ce que nous voudrions souligner ici est que, en développant un tel cadre d’analyse, la TCE est conduite à être muette sur l’analyse de la pratique économique de l’usage des ressources offertes par les dispositifs juridiques dans la conception des accords contractuels (notamment dans les relations interentreprises), si bien qu’elle débouche sur des propositions qui n’ont guère de sens empirique.

Prenons un exemple. Une des propositions testable clé de la TCE est que le cadre institutionnel des contrats est constitué essentiellement d’institutions formelles ou informelles non publiques, parce que “ les institutions [publiques] chargées en dernier ressort d’assurer l’exécution des contrats [l’environnement légal ou l’institution judiciaire] sont victimes de leur information imparfaite et *ne peuvent rendre exécutoires des clauses portant sur des variables invérifiables*. De plus, les juges sont aussi prisonniers de leur rationalité limitée. Ils peuvent prendre beaucoup de temps avant d’arrêter des décisions, *refuser de se prononcer*, faire des erreurs, etc. ” (Brousseau et Glachant, 2000, p. 32, nous soulignons). Arrêtons nous sur les éléments soulignés dans cette citation. Deux interprétations peuvent être tentées : soit ces affirmations découlent de jugements d’expérience, soit elles relèvent d’une axiomatique. Dans ce dernier cas, elles sont indiscutables au sens propre du mot : on ne discute pas d’une axiomatique, on l’accepte ou on la rejette. Nous ne pensons pas que ce soit en ce sens que les auteurs entendent leurs affirmations puisqu’il s’agit de défendre la TCE en tant qu’*empirical success story*. Donc il est légitime de voir si elles relèvent de jugements d’expérience qui permettraient de fonder empiriquement le fait que des juges puissent refuser de se prononcer. Mais nous rencontrons alors un problème sérieux : dans un Etat de droit, le juge ne peut pas refuser de se prononcer, sous peine de déni de justice (art. 4 du Code civil français) ; les situations dans lesquelles le juge est amené à ne pas se prononcer sont limitativement énoncées par le code de procédure civile. De plus, en admettant que les acteurs soient réticents à soumettre leurs disputes contractuelles à un règlement juridictionnel, on ne voit pas ce qui peut expliquer que le conten- < p. 201 > tieux contractuel donne lieu, en France, à une quantité régulière d’affaires nouvelles introduites annuellement devant les tribunaux de l’ordre du demi-million. Par ailleurs, affirmer que les juges “ ne peuvent rendre exécutoires des clauses portant sur des variables non vérifiables ” parce qu’ils seraient victimes de l’information imparfaite et de leur rationalité limitée, suppose implicitement de placer le juge en position d’un agent de police omniscient des contrats mais mal équipé pour remplir sa fonction. Or, comme le souligne E. Serverin (1996, pp. 617-18), le contrat est “ le point

d'application d'opérations complexes d'évaluation de la part du juge" qui ont une part irréductible d'indétermination mais qui sont le support des décisions qui doivent *nécessairement* être prises pour trancher les conflits. On voit ici combien les hypothèses de comportement mobilisées rendent problématique le rapport aux pratiques réelles et donc les validations empiriques revendiquées. Le fait que la place de la TCE dans le champ de l'économie du droit ne soit pas manifeste alors que la Law and Economics institutionnaliste (Medema, Mercurio, Samuels, 2000) y soit implantée ne nous semble pas indépendant d'ailleurs de cette question du réalisme juridique des propositions.

Une autre question est importante : celle de la méthodologie par laquelle des dimensions juridiques sont construites dans le travail empirique et donc des données juridiques utilisées. Dans un texte où il analyse les enjeux de la recherche empirique dans le domaine du droit des contrats, Korobkin (2001) distingue trois types de données empiriques mobilisées : les décisions de justice, les pratiques contractuelles, et les protocoles expérimentaux. Nous nous en tiendrons aux deux premières qui sont *a priori* les plus courantes dans les travaux de la TCE et de l'IR.

L'étude de décisions de justice peut être réalisée dans deux cadres : soit en considérant des décisions prises individuellement, soit en travaillant sur des séries de décisions. La première voie est plutôt celle de la doctrine¹⁸, alors que la deuxième est pratiquée par des chercheurs appliquant soit des analyses qualitatives, soit des méthodes quantitatives (des statistiques descriptives à des méthodes statistiques plus avancées : corrélations, régressions, etc.). La principale différence entre les deux sources tient dans l'information qu'elles contiennent. Des décisions individuelles de justice informent sur la position prise < p. 203 > par un tribunal dans une affaire particulière et, dans le cas des Etats-Unis, sur les précédents judiciaires auxquels les juges se réfèrent. Par ailleurs, la doctrine n'est pas une source d'information véritablement pertinente pour comprendre le fonctionnement empirique des dispositifs juridiques, du simple fait que cette question n'est pas le problème de la doctrine dont le propos est de discuter la valeur des normes juridiques. Des séries de décisions donnent au contraire une information sur des régularités dans les manières de juger et dans les résultats atteints par les tribunaux d'un certain niveau de juridiction : elles ont un caractère de généralité dont sont dénuées les décisions individuelles. Elles peuvent être mises en rapport avec les caractéristiques des contentieux, et donner lieu à l'observation de régularités ou de ruptures de régularité dans la pratique judiciaire qui influencent, en retour, les pratiques contractuelles. Lorsqu'ils mobilisent des informations juridiques, les travaux de la TCE sous-traitent la production de savoirs juridiques à la doctrine, et de ce fait édifient une analyse économique de sources secondaires relatives au droit des contrats. Cela nous semble logique eu égard au cadre théorique élaboré par la TCE mais problématique pour rendre compte du réel. *A contrario*, l'IR pratiqué par Commons et les travaux empiriques qui s'en inspirent aujourd'hui mobilisent l'étude des sources primaires, et notamment des séries de décisions de justice.

L'étude des pratiques contractuelles passe de fait le plus souvent par des méthodes d'enquête par questionnaire ou interview, sachant que quelques rares recherches passent par le recueil systématique et significatif de textes de contrats. La recherche empirique institutionnaliste se caractérise par l'observation du fonctionnement conjoint des pratiques et des règles, et implique donc l'étude du matériau juridique des contrats. La recherche de Macaulay à laquelle Williamson fait référence a fait usage d'une méthode de recueil de données par interview, qui informe avant tout sur les représentations que les personnes enquêtées se font

¹⁸ C'est-à-dire l'activité de commentateur des décisions de justice assumée par les professeurs de droit.

de la manière dont fonctionne la coordination contractuelle. Korobkin estime par ailleurs que “...*Macaulay made no attempt to ensure that this sample was representative of the world of commercial contracting parties in terms of industry, size of business, etc.*” (2001, p. 32). La question de la complémentarité ou de la substituabilité entre la mise en forme juridique et le caractère relationnel des contrats est l’objet d’analyses empiriques plus poussées qui concluent à la complémentarité entre les deux dimensions. Par exemple, Deakin et Wilkinson ont mené une enquête empirique consacrée aux dispositifs juridiques et aux pratiques contractuelles des < p. 204 > entreprises dans trois pays (Allemagne, Italie, Grande-Bretagne), qui montre que, “au contraire de certaines études antérieures qui suggéraient un poids négligeable, voire inexistant, du formalisme juridique dans les relations entre fournisseurs et clients, (...) les entreprises reconnaissent entretenir des relations contractuelles sur la base d’accords écrits et légalement valides...” (2000, pp. 171-172). Poppo et Zenger (2000) vont dans le même sens : leur recherche empirique sur les pratiques contractuelles dans le secteur des services informatiques aux entreprises conclut à une complémentarité entre règle juridique et gouvernance relationnelle, cette dernière étant d’autant plus efficace qu’elle s’appuie sur des contrats solidement construits et des garanties juridiques. Ces recherches montrent l’intérêt de prendre au sérieux le texte des contrats.

Chaque méthode a bien sûr sa légitimité, mais Korobkin signale l’importance d’une parfaite maîtrise des données (*et, nécessairement, des dispositifs juridiques contenus dans ces données*) dans la production de théories des contrats basées sur des recherches empiriques¹⁹.

Nous ne tirons de cela aucune conclusion autre qu’il est légitime de nuancer l’affirmation selon laquelle la TCE a, en matière d’analyse des contrats, fait preuve de sa validité empirique. Ce qui nous paraît par contre incontestable est que la “nouvelle Law and Economics”, qui ne communique pas véritablement avec la TCE, est désormais envahie par des recherches menées par des économistes comme par des juristes, sur les propriétés économiques de dispositifs particuliers du droit (des Etats-Unis pour l’essentiel) des contrats. Les travaux de Hatzis sur les *liquidated damages* et les clauses pénales dans les droits américains et européens, de Goetz et Scott sur les remèdes alternatifs à l’inexécution des obligations, Ayres sur les règles supplétives aux silences contractuels, pour ne citer que ceux-là, illustrent l’intérêt particulier de l’analyse économique de règles du droit positif des contrats. En cela, mais en cela seulement, on peut considérer qu’ils sont relativement moins éloignés de la problématique et de la méthodologie de Commons que de celle de Williamson. Cette situation paradoxale souligne à sa manière que la TCE abandonne de fait le terrain des institutions juridiques.

< p. 205 >

CONCLUSION

L’IR et la TCE constituent ainsi des programmes de recherche, théorique et empirique, dont la divergence s’enracine dans leur conception de la méthode scientifique, donc du statut et de la nature du réel et de l’abstraction. Cette question des fondements de la connaissance économique, bien que parfois taboue, a des implications importantes pour l’économie des institutions. Celles-ci se cristallisent dans la représentation des individus sur laquelle repose le raisonnement, dans la conception des rapports action / règles qui en découle et donc dans la place accordée au droit dans l’analyse institutionnelle.

¹⁹ Voir aussi, dans le même sens, l’analyse de Horatia Muir-Watt (2002).

L'IR a pour objectif de comprendre les pratiques et relations existantes des acteurs économiques. L'individu est appréhendé comme un sujet socialisé actif dont la volonté se déploie dans l'action selon les possibilités établies par les institutions. Il n'y a pas d'action sans règles parce que les règles permettent de sécuriser les anticipations sur le comportement des autres et de réguler l'exercice des pouvoirs. L'activité économique s'inscrit ainsi dans un monde complexe fait de règles étatiques, de coutumes collectives et d'intérêts juridiquement protégés. Comme le souligne avec force Commons, parce que "le temps est un élément essentiel de l'unité d'activité" qu'est la transaction, les institutions et règles juridiques sont des "hypothèses habituelles" qui deviennent "les anticipations des parties sur les conséquences économiques futures de leurs transactions présentes" (1934, p. 84). Ainsi, comprendre l'organisation, la régulation et l'évolution des relations économiques suppose d'étudier empiriquement le *legal-economic nexus* par lequel celles-ci sont construites. Selon la formule de Williamson (1994, p.51), "le monde auquel s'intéresse" la TCE n'est pas celui-là. C'est celui hypothétique de l'action rationnelle d'individus a-institutionnels permettant de prédire des résultats déterminés. Dans ce monde-là, les tribunaux sont hors de propos et les rapports de pouvoir inexistant, si bien que les cadres de la coordination peuvent être réduits à un "pur" arrangement privé efficient. L'"économie prédictive" et l'"économie réaliste" aboutissent à une économie des institutions qui n'a ni le même mode de construction théorique ni les mêmes interprétations (sans parler des implications normatives !). Il est plus qu'ironique que la notion de transaction soit utilisée par Williamson pour aboutir à un résultat antithétique à celui de Commons, qui, comme le formule Théret (2002), "rame à contre-courant des idées économiques normalisées qui vont dans le < p. 206 > sens inverse de la dépolitisation, de la déjuridicisation et de la naturalisation de l'analyse des pratiques économiques".

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Allen, W.P. (2001), "Transaction Costs", in B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, E. Elgar .
- Barthélémy, D., J.-P. Boinon et M. Nieddu (2002), "Le dualisme comportemental des agriculteurs : normativité de l'action ou jeu d'institutions ?", communication au colloque *Institutionnalismes et évolutionnismes. Confrontations autour de perspectives empiriques*, Centre A. et L. Walras- Institut des sciences de l'Homme, Lyon, 2-3 décembre.
- Bazzoli, L. (1999), *L'économie politique de J.R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, coll. Etudes d'économie politique.
- Bazzoli L. et T. Kirat (1999), "La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution", *Economies et Sociétés*, Hors Série n° 35, pp. 69-90.
- Belley, J.-G. (1998), *Le contrat entre droit, économie et société*, Les Editions Yvon Blais, coll. "le droit aussi".
- Brousseau, E. (1999), "Néo-institutionnalisme et Evolutionnisme : quelles convergences ?", *Economies et Sociétés*, Hors Série, n° 35, pp. 189-215.
- Brousseau, E. et J.-M. Glachant (2000), "Economie des contrats et renouvellement de l'analyse économique", introduction au numéro spécial de la *Revue d'économie industrielle*, n°92, pp. 23-50.
- Brousseau, E. (2001), "Did the common law biased the economics of contract... and may it change ?", in B. Deffains et Th. Kirat (dir), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Press-Elsevier.
- Calamari, J.D., J.M. Perillo (1999), *Contracts*, Black Letter Series, West Group, Third Edition.
- Commons, J.R. (1934), *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, Macmillan, réédition Transaction Publishers, 1990.

- Commons, J.R. (1924), *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, réédition Transaction Publishers, 1996.
- Commons, J.R. (1925), "Law and Economics", *Yale Law Journal* 34, February, pp. 371-382, réédité dans : *John R. Commons, Selected Essays* Edited by M. Rutherford and W. Samuels, Routledge, 1996.
- Commons, J.R. (1939), "Twentieth Century Economics", *Journal of Social Philosophy*, October, pp. 29-41.
- Cotterrell, R. (1989), *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press.
- De Schutter, O. (1999), "Réalisme juridique, institutionnalisme et ordoliberalen. A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie", *Annales d'études européennes de l'Université Catholique de Louvain*, pp. 1-27.
- Deakin, S. et F. Wilkinson (2000), "Coopération, droit des contrats et performances économiques", in T. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, pp. 159-177.
- < p. 207 >
- Dugger, W.M. (1996), "Sovereignty in Transaction Cost Economics : J.R. Commons and O.E. Williamson", *Journal of Economic Issues*, vol. 30, n° 2, pp. 427-32.
- Duxbury, N. (1995), *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press.
- Gislain, J.J. (2002), "Causalité institutionnelle : la futurité chez J.R. Commons", *Economie et Institutions*, n°1.
- Hatzis, A.N. (2000), "The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory", *working paper*, (disponible sur le site ssrn.com).
- Hatzis, A.N. (2001), "Having the Cake and Eating it Too : Efficient Penalty Clauses in Common Law and Civil Contract Law", *University of Athens* (disponible sur le site ssrn.com).
- Horwitz, M. (1992), *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press.
- Hovenkamp, H. (1995), "Law and Economics in the United States : a brief historical survey", *Cambridge Journal of Economics*, 19, pp. 331-352.
- Hviid, M. (2001), "Long-Term Contracts and Relational Contracts", in B. Bouckaert et G. De Geest (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, E. Elgar.
- Jeamaud, A., T. Kirat, M.-C. Villeval (1996), "Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit", *Revue internationale de droit économique*, n°1, pp. 99-142.
- Kirat, T. (2001), "Le pragmatisme, l'économie et l'intelligence des règles juridiques", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°47, pp. 1-22.
- Kirat, T. (2002), "La prise en charge des surcoûts dans les marchés publics : une comparaison de la régulation des contrats d'acquisition d'armements en France et aux Etats-Unis", in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Publications de la Sorbonne, coll. "droit économique", pp.151-176.
- Kirat, T. (2003), "L'allocation des risques dans les contrats : de la théorie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs", *Revue internationale de droit économique*, n°1 (à paraître).
- Kirat, T., Bayon D., Blanc H. (2001), *La réglementation et le contrôle des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis. Analyse comparée des instruments de la maîtrise des programmes d'armement*, Paris, la Documentation française (à paraître).
- Korobkin, R. (2001), "Empirical Scholarship in Contract Law : Possibilities and Pitfalls", University of California, Los Angeles School of Law, *Research Papers Series, Research Paper No . 01-22*.
- Kraus, J. (2001), "The Methodological Commitments of Contemporary Contract Theory", University of Virginia School of Law, *Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 01-2*.
- Lawson, T. (1997), *Economics and Reality*, Routledge.
- Macaulay, S. (1963), "Non-Contractual Relations in Business : a Preliminary Study", *American Sociological Review*, vol. 28 No. 1, pp. 55-67.
- McIntyre, R. et Y. Ramstad (2002), "John R. Commons and the Problem of International Labor Rights", *Journal of Economic Issues*, vol. XXXVI, No. 2, June, pp. 293-301.
- Marty, F. (2002), *Pluralité et dynamique des conventions de réglementation. Une analyse économique de la jurisprudence relative au secteur électrique*, thèse de doctorat en sciences économiques, ENS de Cachan, décembre.

< p. 208 >

- Masten, S. (2001), "Contractual Choice", in B. Bouckaert et G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar.
- Ménard, C. (2001a), "Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste", à paraître dans les *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*.
- Ménard C. (2001b), "Methodological issues in New Institutional Economics", *Journal of Economic Methodology*, Vol. 8, n°1.
- Mercuro, N. (ed.) (1992), *Taking Property and Just Compensation : Law and Economics Perspectives of the Takings Issue*, Kluwer Academic Publishers.
- Mercuro, N. (2000), "Performance Indicators for Natural Resource and Environment Policy : Contributions from American Institutional Law and Economics", *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 11 No. 1, pp. 139-172.
- Mercuro, N., Medema S. (1997), *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton, Princeton University Press.
- Mercuro, N., Medema S., Samuels W.J. (2000), "Institutional Law and Economics", in *Encyclopedia of Law and Economics*, B. Bouckaert et L. De Geest eds, Edward Elgar.
- Montagne, S. (2001), "De la *pension governance* à la *corporate governance* : la transmission d'un mode de gouvernement", *Revue d'économie financière*, n°63, septembre.
- Montagne, S. (2002), "Responsabilité fiduciaire et investissement financier : comment le monde financier a mobilisé le droit des trusts", in T.Kirat (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité*, LGDJ-MSH, coll. Droit et Société-Recherches et Travaux n°10 (sous presse).
- Moschandreass, M. (1997), "The Role of Opportunisme in Transaction Cost Economics", *Journal of Economic Issues*, vol. XXXI, n°1, march, pp. 39-57.
- Muir-Watt, H. (2002), "Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil", in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, pp. 37-45.
- Peirce, C.S. (1878-1879), "La logique de la science", *Revue Philosophique*, Vol VI – "Comment se fixe la croyance", pp. 553-69, Vol. VII – "Comment rendre nos idées claires", pp. 39-57.
- Pratten, S. (1997), "The Nature of Transaction Cost Economics", *Journal of Economics Issues*, vol. XXXI, n°3, pp. 781-803.
- Pratten, S. (2003), "The conflict between formalism and realisticness in modern economics : the case of the New Institutional Economics", Communication au *Realist workshop*, Cambridge, Janvier.
- Poppo, L., Zenger, T. (2000), "Substitutes or Complements ? Exploring the Relationship between Formal Contracts and Relational Governance" (<http://papers.ssrn.com/paper>).
- Posner, E. (2002), "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure ?" *John M. Ohlin Law & Economics Working Paper* No. 146 (2d Series), (www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html).
- Posner, R.A. (1993), "The New Institutional Economics Meets Law and Economics", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No.1, March, pp. 73-87.
- Pound, R. (1922), *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, réédition 1954.

< p. 209 >

- Ramstad, Y. (1996), "Is a Transaction a Transaction ?", *Journal of Economic Issues*, vol. XXX No. 2, pp. 413-425.
- Samuels, W.J. (2000), "Sign, Pragmatism, and Abduction : The Tragedy, Irony, and Promise of C.S. Peirce", *Journal of Economic Issues*, vol. XXXIV, n° 1, pp. 207-217.
- Scott, R.E. (2000), "The Case for Formalism in Relational Contract", University of Virginia School of Law, *Law & Economics Working Papers* No.00-13 (<http://papers.ssrn.com/paper>).
- Serverin, E. (1996), "Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude et de la confiance dans le contrat", *Sociologie du travail*, n°4, pp. 607-619.
- Schwartz, A. (1999), "Karl Llewellyn and the Origins of Contract Theory", Yale Law School, Working Paper # 227 (<http://papers.ssrn.com/paper>).
- Simon, H.A. (1991), "Organizations and Markets", *Journal of Economic Perspectives*, Vol.5, n° 2, pp. 25-44.

- Slater G., Spencer, D.A. (2000), "The Uncertain Foundations of Transaction Costs Economics", *Journal of Economic Issues*, vol. XXXIV, n°1, pp. 61-87.
- Théret, B. (2000), "Nouvelle économie institutionnelle, économie des conventions et théorie de la régulation : vers une nouvelle synthèse institutionnaliste ?", *La lettre de la régulation*, n°35, déc.
- Théret, B. (2002), "Saisir les faits économiques : une lecture structuraliste génétique de la méthode de Commons", *Cahiers d'Economie Politique*, n°40-41, pp.79-137
- Tiercelin, C. (1993), *La pensée-signé. Etudes sur C.S. Peirce*, Editions Jacqueline Chambon.
- Vira, B. (1997), "The Political Coase Theorem : Identifying Differences between Neoclassical and Critical Institutionalism", *Journal of Economic Issues*, vol. XXXI, n°3, pp. 761-79.
- Weber, M. (1922), *Economie et société*, Paris, Plon [rééd. 1995].
- Williamson, O.E. (1994), *Les institutions de l'économie*, InterEditions, trad. française par Régis Cœurderoy et Emmanuelle Maincent de *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, 1985.
- Williamson, O.E. (1993), "Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, No.1, March, pp. 99-118.
- Williamson, O.E. (2000a), "Empirical Microeconomics : Another Perspective", working paper, september, publié dans M. Augier, March J. (eds), *The Economics of Choice, Change, and Organization*, E.Elgar, 2002.
- Williamson, O.E. (2000b), "Why Law, Economics and Organization ?", *working paper*, dec.
- Williamson, O.E. (2002a), "The Lens of Contract : Private Orering", *working paper*, january.
- Williamson, O.E. (2002b), "The Theory of the Firm as Governance Structure : From Choice to Contract", *working paper*, january.