



HAL
open science

L'ORDRE CONCURRENTIEL AU SEIN DE LA SCIENCE JURIDIQUE: L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

Thierry Kirat

► **To cite this version:**

Thierry Kirat. L'ORDRE CONCURRENTIEL AU SEIN DE LA SCIENCE JURIDIQUE: L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT. L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 2003, Editions Frison-Roche, pp.339-349, 2003. halshs-00004539

HAL Id: halshs-00004539

<https://shs.hal.science/halshs-00004539>

Submitted on 2 Sep 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.

L'ORDRE CONCURRENTIEL AU SEIN DE LA SCIENCE JURIDIQUE : L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

Par **Thierry Kirat**, chargé de recherches, CNRS-IDHE (*ENS de Cachan*)

In *L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, 2003, pages 339-349.

Introduction

L'ordre concurrentiel, si l'on suit le texte de présentation du colloque en l'honneur d'Antoine Pirovano, rend compte de deux mouvements : (a) la marchandisation du monde, c'est-à-dire l'extension de la logique concurrentielle dans de nombreux champs de l'activité humaine, (b) la marchéisation du monde, c'est-à-dire l'expansion de la logique du marché.

L'ordre concurrentiel est à n'en pas douter un moyen utile et légitime de qualifier, d'un point de vue général, macro-social, les transformations des systèmes économiques dans un contexte où les économies centralement planifiées se sont écroulées politiquement il y a plus de dix ans, où les services publics sont ouverts à la concurrence, et la société de marché étend son emprise.

Or, l'ordre concurrentiel n'est pas une notion utilisée au sein de cette composante de la science juridique qu'est l'analyse économique du droit (désormais AED) : les notions essentielles de sa sémantique sont, plutôt, celles de "marché", "prix", "préférences", "utilité", "allocation des ressources", "évaluation", "rationalité", etc.

Compte tenu de cette différence des registres sémantiques, je pense nécessaire de tenter de clarifier leurs éventuelles correspondances, à partir de deux notions de *marchandisation* et de *marchéisation*.

- la *marchandisation* consiste, dans la présentation qu'ont font Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siirainen dans leur texte de présentation de ce colloque, en l'attribution d'une valeur marchande aux choses et aux personnes. A mon sens, elle renvoie à l'évaluation économique. Certes, il n'y pas qu'une manière de faire de l'évaluation, compte tenu de la diversité des méthodes et des critères mobilisés, du contenu flottant de la "valeur" ; mais l'évaluation économique existe, elle est pratiquée dans de nombreux domaines, pas toujours dans le secteur marchand (on évalue le prix de la vie humaine, du sang, le coût social de la pollution atmosphérique, la valeur de la préservation de la biodiversité, etc.). Il est vrai cependant que j'évoque non pas des *valeurs marchandes* mais des

valeurs en monnaie de biens dont il n'est pas toujours souhaitable qu'ils fassent l'objet d'un marché. L'évaluation économique peut se passer du marché ; attribuer un prix, ou un "quasi-prix" aux choses ne conduit pas nécessairement à défendre le principe de l'échange marchand.

- La *marchéisation*, c'est, toujours selon nos collègues de l'Université de Nice, la pénétration de la logique du marché, de ses notions de coût, de rentabilité, de rendement. C'est de mon point de vue une manière de désigner deux choses : des outils d'analyse utilisés dans une représentation *épistémique* du monde ; des outils *pratiques* de gestion, privée et publique. Les premiers peuvent mener à des thèses favorables au marché, mais pas nécessairement ; les deuxièmes peuvent être compatibles avec une logique du hors marché.

Je voudrais dire également que, si l'on adopte un point de vue moins macro-social, il n'y pas *un* marché mais *des* marchés, plus ou moins fondés sur les principes d'une régulation concurrentielle, mais toujours touchés par des règles ; les marchés ne sont pas en effet des objets naturels, physiques, mais des constructions sociales, des institutions créées ou façonnées par le droit, comme le montre par exemple la construction d'un marché de l'électricité sous l'effet de directives communautaires et d'une nouvelle législation relative au secteur électrique.

Je ne traiterai pas ici de la régulation du marché et de la concurrence, mais de la concurrence et de l'ordre concurrentiel comme idéologie de l'AED, et comme projet ultime d'action sur le monde par le levier de théories normatives (qui disent ce que le droit devrait être, ou la manière dont les juges devraient raisonner pour rendre une décision). Finalement, la question que je vais tenter de traiter est de savoir si l'AED pousse à l'envahissement de la rationalité juridique (voire sa dénégation) par la rationalité (micro)économique ? Mon point de vue est que ça a été le cas avec l'AED de l'école de Chicago, mais que ce n'était pas le cas avant elle (avec ce qu'on a qualifié de *First Law and Economics Movement*) et ça peut ne plus être le cas après elle.

I. Chicago et l'arrière-plan philosophique et politique de l'émergence de l'AED

Il est d'un grand intérêt de considérer la manière dont a émergé à l'Université de Chicago le mouvement de la Law and Economics moderne, dont Coase a retracé les étapes ¹.

A son origine, on trouve un économiste libéral, partisan d'un capitalisme de petites unités par le contrôle étendu de la concentration par la Federal Trade Commission, de la déréglementation des chemins de fer et des industries de services publics : Henry C. Simons, qui connu des difficultés de carrière au sein du département d'économie et fut, plutôt que rayé des cadres de l'université, affecté à la faculté de droit. C'est là qu'il put favoriser le recrutement d'un jeune enseignant, Aaron Director - qui sera parmi les fondateurs du *Journal of Law and Economics* - de retour de deux années passées à la London School of Eco-

¹ Ronald Coase, "Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, 1992.

nomics où il avait suivi les enseignements de Lionel Robbins, qui était alors le chef de file de l'économie marginaliste.

Nommé à Chicago en 1946, il y reprit un projet que Director avait initié, de création d'un institut d'économie politique destiné à faire caisse de résonance des idées libérales auprès des décideurs politiques et des dirigeants d'entreprises. Ce projet n'a pas abouti en tant que tel, mais il trouva l'appui de Frederich Hayek, qui était redevable à Simons d'avoir soutenu la publication de son ouvrage *Les routes de la servitude* aux presses universitaires de Chicago. Séduits par cet ouvrage et sa philosophie libérale, les dirigeants d'une fondation (la Volker Fund de Kansas City), demandèrent à Hayek de prendre une initiative en faveur de la défense du libéralisme et de l'économie de marché ; il en est résulté la création de la société du Mont-Pelerin, dont Richard Posner est aujourd'hui membre, et l'élaboration par Hayek et Director d'un projet intitulé "A Free Market Study". Financée par le Volker Fund, la réalisation de ce projet prit place au sein de la Law School de Chicago. Elle se traduit par l'entrée de cours d'économie (analyse économique des politiques publiques et de l'antitrust) dans le cursus de la faculté de droit ; ce cursus a permis de faire entrer au sein de cette faculté deux futurs grands économistes de la concurrence, dont Robert Bork. Puis, en 1959, fut créé le *Journal of Law and Economics*, dirigé par Director jusqu'à l'arrivée de Coase à Chicago en 1964. La cause est donc entendue : les promoteurs de la Law and Economics étaient des libéraux. Mais dans quel sens ?

Les travaux menés dans le cadre de la Law and Economics ont très vite débordé le cadre classique des questions de concurrence, d'antitrust, et de régulation des monopoles : avec Posner, la Law and Economics s'empare du droit « non-économique » : les contrats, la responsabilité, la propriété, le copyright, la procédure civile, etc. Les économistes (et juristes) de ce mouvement sont certes libéraux, mais pas au sens classique en économie : ils n'adhèrent pas, pour nombre d'entre eux, à la mythologie d'un marché concurrentiel grand ordonnateur mécanique de l'équilibre et de l'atteinte des prix d'équilibre. Ils sont, d'une certaine manière, institutionnalistes : ils admettent qu'il n'y a pas de marché ou de comportement sans règles, ce qui les différencie nettement de l'économie-physique. Ils se situent, plutôt que dans la classe de l'économie néo-classique, dans un genre d'économie institutionnelle, celle que l'on qualifie de "théorie des droits de propriété" : l'échange n'est un phénomène physique, c'est un processus de transfert de droits de propriété sur les choses ; l'action humaine est certes rationnelle, mais elle prend place dans une structure d'incitations fournie par les règles juridiques. Economie institutionnelle certes, mais économie institutionnelle au sens seulement où elle analyse des institutions juridiques, avec les cadres et les outils de la théorie microéconomique : l'individualisme méthodologique, le choix rationnel, les préférences individuelles, les incitations, etc. Si on admet avec moi que l'AED est un genre d'économie institutionnelle, à quelle philosophie du marché et de l'échange peut-elle être attachée ?

Là, les choses deviennent plus claires : l'AED procède à une étude comparée des règles et institutions juridiques alternatives, notamment : la statute law, la réglementation administrative, et la common law. De ces mécanismes régulateurs alternatifs, seul le dernier trouve grâce aux yeux des tenants de l'école de Chicago. Bien que tous les protagonistes de cette école ne pensent pas la même chose, trois conclusions apparaissent cependant :

- La justice sociale n'est rien d'autre que la justice commutative : dans une économie de marché, les individus sont libres et maîtres de leurs préférences. Si tel est le cas, l'échange n'a lieu que s'il est mutuellement avantageux : les parties apprécient justement le gain de l'échange. Le droit ne doit pas interférer avec les préférences individuelles, mais simplement fournir des garanties procédurales d'équité et de *fairness* dans les transactions, comme Philippe Coppens l'expose dans son cet ouvrage. Le juge judiciaire n'a d'autre chose à faire que refuser d'assurer *l'enforcement* des contrats marqués par la mauvaise foi, le dol, la contrainte, un déséquilibre dans les concessions réciproques lorsque le contrat manque de "*consideration*", etc. Et, surtout, il ne doit pas faire subir aux contrats ses propres préférences, surtout lorsqu'elles touchent à la justice distributive. C'est une question politique, pas judiciaire.

- La *common law* est préférable à la législation ou la réglementation, notamment parce qu'elle économise sur les coûts de gestion des nuisances, des conflits, des contentieux. Maintenir une administration et des fonctionnaires pour gérer des problèmes *ex ante* est plus dispendieux, en termes d'allocation des ressources, que faire régler des problèmes *ex post* par le juge judiciaire.

- La vertu principale de la *common law*, nous dit Posner, est qu'elle « mime » les choix que le marché aurait pu faire si les coûts (de transaction) ne l'en avaient empêché : elle duplique les choix de règles que les préférences individuelles, la négociation libre et sans coûts, et les agents rationnels auraient pu générer, et qui ont une vertu économique : l'attribution de droits qui maximisent la richesse et allouent efficacement des ressources rares.

En définitive, deux points me paraissent devoir retenir l'intérêt :

- Ce qui marque la *Law and Economics* posnérienne est davantage son anti-étatisme et son hostilité à la manipulation par le droit de la répartition des revenus, que son adhésion aux principes du marché libre : le marché doit certes être libre, mais il doit être juridiquement encadré, par le juge judiciaire plutôt que par l'administration et ses fonctionnaires.

- Les travaux menés au sein de l'PAED, depuis trente ans, sont devenus nettement plus techniques (en termes mathématiques et, surtout, d'objets juridiques étudiés) qu'au point de départ, et moins marqués par l'idéologie du marché. Ils deviennent cependant, si on me passe l'expression, plus insidieux : la couleur idéologique n'est plus affichée, mais elle a été instillée dans les hypothèses de comportement des agents au regard des règles, la rationalité calculatoire.

II. Et avant ? de la perte de parts de marché du paradigme institutionnaliste

L'interrogation économique sur le droit existait avant Chicago ; elle a perdu sa part de marché, pour des raisons qui tiennent plus vraisemblablement à un mouvement d'ensemble ayant touché la science économique qu'à l'économie du droit pré-posnérienne elle-même : prédominance du paradigme néo-classique et de la figure de l'action rationnelle en microéconomie, prédominance du keynésianisme en macro-économie. Dans les deux cas, la théorie économique délaisse durablement l'analyse des institutions, notamment juridiques : dans le premier, elles disparaissent avec la prédominance de la figure de l'in-

dividu et du choix rationnels ; dans le second, elle se dissolvent dans des quantités globales et des flux macroéconomiques.

Il semblerait que l'expression *Law and Economics* a été employée pour la première fois par John R. Commons, dans un article qui établissait une articulation entre la théorie économique et le droit, située dans la gestion de la rareté² : Commons pensait l'économie non pas comme la science des choix rationnels et de l'allocation optimale de ressources rares, mais comme « la science des bonnes et des mauvaises habitudes (*habits*) et des pratiques communes des fermiers, des propriétaires fonciers, des hommes d'affaire, des travailleurs et autres dans leurs ajustements mutuels à la rareté des ressources » . Il estimait que ces ajustements, faits de concurrence et de conflits, à la rareté, est l'un des concepts fondamentaux communs à la science économique et à la science juridique.

Bien avant lui, Henri Carter Adams³ avait développé une très intéressante conception des relations entre le droit et l'économie : il constatait d'abord la séparation entre deux ordres de discours, liée à la particularité de leurs objets : les matériaux de la science juridique (*science of jurisprudence*) sont (a) les institutions essentielles des sociétés humaines, au sein desquelles les objets circulent sous le contrôle du gouvernement, (b) les « opinions en vigueur », exprimées par le droit qui détermine les droits et obligations, les libertés et leurs limites, des individus ». L'économie, quant à elle, traite d'activités industrielles. Adams considérait que, parmi les objets de l'économie, on devrait trouver la structure juridique de la société. Il poursuivait en exposant que « il est impossible de ne pas prendre en compte la relation étroite qui existe entre l'économie et la science juridique. Les deux sont un élément d'une étude plus large de la société, et aucune ne peut être déployée de manière satisfaisante indépendamment de l'autre ; du moins, l'économiste se doit de prendre en considération le système juridique de la société à laquelle il s'intéresse, afin d'expliquer pleinement les faits qu'il peut observer. » (ibid, p. 16).

Hovenkamp (1990) soutient qu'il a existé un « premier mouvement de *Law and Economics* », bien antérieur à celui de Chicago, et qui s'en distingue sous de multiples aspects : *méthodologique*, avec la critique de la théorie néo-classique, *idéologique*, avec la défense de l'activisme législatif comme outil de réforme et de progrès social, notamment en matière de justice dans la répartition des revenus. La plupart des économistes du droit (Henri Carter Adams, Richard Ely, J. Commons, R.A. Seligman, etc.) étaient alors progressistes, et ont participé activement à cette période qu'a été la *Progressive Area* aux Etats-Unis ; ils étaient convaincus que le bien-être social pouvait être augmenté par une législation sur les salaires minimum, un impôt progressif sur le revenu, un système éducatif subventionné par l'Etat, des transferts publics en faveur des pauvres, des taxes sur les profits des monopoles, etc.⁴

² J.R. Commons, "Law and Economics", *Yale Law Journal*, 34 (Feb. 1925), reproduit dans *John R. Commons, Selected Essays*, volume 2, Edited by Malcolm Rutherford et Warren J. Samuels, Routledge.

³ Henry Carter Adams, "Economics and Jurisprudence", *Science* (supplement), 2 juill. 1886, N° 178, pp. 15-19.

⁴ Pour un aperçu synthétique, voir Herbert Hovenkamp, "Law and Economics in the United States : a brief historical survey", *Cambridge Journal of Economics*, n°19, 1995, pp. 331-352.

Ce que l'on a dénommé "institutionnalisme" en économie ⁵ était alors, c'est-à-dire au cours de la période 1880-1930, est un développement de thèses marginalistes ⁶, utilisant un marginalisme appliqué à la compréhension de la répartition des richesses et de l'accroissement du bien-être social ; mais il ne peut être taxé de discours économiciste, dans la mesure où le recours au marginalisme (et à ses concepts, dont bien sûr l'utilité marginale) était instrumental : il visait l'évaluation économique du changement institutionnel, dont les ressorts propres ressortissaient à l'histoire, au droit, aux forces sociales. Les économistes comme John Bates Clark, John Rodger Commons (du moins dans ses jeunes années), Edwin Seligman, Simon Patten, avaient de l'utilité une conception que l'on qualifie de *cardinale*, c'est-à-dire susceptible de mesure et d'évaluation quantitative, et de comparaisons inter-personnelles. En d'autres termes, on pouvait légitimer l'instauration d'un droit fiscal imposant un impôt progressif sur le revenu en montrant que l'utilité d'un euro supplémentaire alloué à un pauvre est plus élevée que de la désutilité marginale d'un euro prélevé sur les revenus d'un riche. Mais la théorie cardinale de l'utilité a été mise à bas, dans les années trente, par la théorie ordinale, qui refuse les comparaisons inter-personnelles : l'utilité n'est plus une valeur quantifiable en monnaie, mais le fondement de préférences subjectives incomparables : la préférence de Pierre pour le panier de biens (x_1, y_1) n'est pas comparable à celle de Jean pour (x_2, y_2) : l'utilité n'est plus qu'une manière de représenter les préférences ⁷ ; ce n'est plus une base de comparaison quantitative. Il devient impossible de dire que l'utilité d'un euro supplémentaire est x fois plus forte pour un pauvre que pour un riche. Au delà de ces questions techniques d'analyse économique, ce sont les conséquences sur l'évaluation économique du droit qui sont cruciales ; en effet, le cardinalisme permettait de traiter des questions pratiques de politique économique et juridique. Il était possible d'agir en faveur de l'action législative et de faire une critique pratique des arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis⁸, sur des bases alliant connaissance scientifique et volonté de promouvoir le bien-être matériel de la société et la justice sociale. *A contrario*, avec l'essor de l'ordinalisme, et son corollaire qu'est le principe du choix individuel rationnel, l'économie se détache de la question de l'action sur la production et la redistribution des richesses : elle se centre sur les préférences individuelles, l'allocation des ressources sous leur effet, et la capacité du seul marché et de l'échange volontaire entre individus souverains à assurer une allocation optimale de ressources rares. La science économique renonce, du même coup, à agir sur la répartition des revenus, qu'elle renvoie à l'extérieur de la science économique (à la morale, à la philosophie sociale, au politique...). ⁹

En définitive, de mon point de vue, l'économie du droit, c'est avant tout un regard que l'observateur pose sur le droit ; elle ne préjuge pas nécessairement *a priori* la philosophie

⁵ Qui renvoie en grande partie à ce que Hovenkamp qualifie de "First Great Law & Economics Movement", dont l'existence ou l'ampleur sont mis en doute par certains, comme Neil Duxbury, "Economics in Law", in *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1995.

⁶ Ce qui ne signifie pas pour autant que tous les « institutionnalistes » soient passés par le marginalisme.

⁷ Par ex. : Hal R. Varian, *Introduction à la microéconomie*, De Boeck Université, coll. Ouvertures économiques, 1997, p. 64.

⁸ Comme *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.* (1895) qui mit le veto à un impôt sur le revenu.

⁹ Dans ce sens, voir Herbert Hovenkamp, "The First Great Law & Economics Movement", *Stanford Law Review*, vol. 42, 1990, pp. 993-1058.

du droit considéré, pro-ou anti-concurrentielle. L'économie du droit pré-positivienne a été progressiste, interventionniste, politiquement utile ; il semble que, pour anticiper ce qui suit, elle a été détrônée dans ce cadre par la nouvelle économie du bien-être et la théorie rawlsienne de la justice sociale, qui évaluent les changements des états de la société à l'aune de la comparaison des positions des individus en termes d'accès aux biens premiers sociaux (dont le revenu et la richesse) chez Rawls, à des « capacités » (un genre de “liberté réelle” au sens de Marx) plus élevées chez Amartya Sen. Ce n'est pas un hasard, à ce propos, que Sen propose de reconsidérer l'hypothèse de non-comparabilité des utilités individuelles ; selon Bernard Perret, « Si les économistes veulent prétendre qu'une situation est meilleure qu'une autre, ils doivent s'autoriser certains jugements comparatifs sur le bien-être des individus. »¹⁰

III. Et maintenant ?

Maintenant, Chicago est derrière nous... et il est possible de repérer trois mouvements, qui se déploient depuis quelques années :

- un mouvement que je qualifie de *politique* et *d'institutionnel* : je pense à la reconfiguration des réseaux de service public et au démantèlement des monopoles publics verticalement intégrés, à la création de régulateurs spécialisés et à l'emprise du droit de la concurrence dans le domaine. L'AED en dit pas grand chose sur ces questions, qui sont plutôt traitées dans d'autres sous-disciplines de la science économique (l'économie de la réglementation, l'économie industrielle, l'économie des réseaux)¹¹ ;

- un mouvement de *technicisation* de l'AED, qui se traduit par une certaine dépolitisation, du moins par rapport aux thèses de Posner. L'analyse économique de la procédure civile ou pénale, de la rescission des contrats privés, de l'interprétation judiciaire des contrats, des *liquidated damages* et de bien d'autres catégories juridiques précises, n'est plus marquée par des préférences pro ou anti-concurrentielles. La microéconomie du droit devient plus neutre “en valeur” qu'elle ne l'a été dans les années 1970-1980 ;

- un mouvement de *contestation de l'idéologie de l'efficacité de la common law et de l'évaluation économique comme (seul) outil de jugement sur le droit*. Si la critique libérale-libertarienne de l'optimum de Pareto a été vigoureuse dans les années quatre-vingt, elle est relayée par la gauche universitaire américaine : Duncan Kennedy pour la vision *Critical Legal Studies* à Harvard, les juristes-économistes de Yale¹², les institutionnalistes com-

¹⁰ Bernard Perret, *Indicateurs sociaux, état des lieux et perspective*. Rapport au Conseil de l'Emploi, des revenus et de la Cohésion sociale (CERC), janvier 2002, p. 12 (<http://www.perso.wanadoo.fr/bernard.perret/indicoc.htm>)

¹¹ Avec, cependant, de jeunes économistes comme Frédéric Marty qui utilisent du matériel juridique (décisions et avis du Conseil de la concurrence, de la Cour d'appel de Paris et de la CJCE) pour étudier les basculements de la régulation dans le secteur électrique, et procéder ainsi à une analyse économique des dispositifs juridiques. Voir F. Marty, thèse à soutenir en décembre 2002.

¹² Comme Rose-Ackerman et Guido Calabresi. Voir N. Mercuro et S. Medema, *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, 1997, pp. 79-83.

monsieus de la Michigan State University¹³, les tenants d'une sémiologie pragmatiste communautarienne¹⁴, voire même le créateur de la théorie des asymétries informationnelles, Joseph Stiglitz (et sa critique du dogme des privatisations et de la libéralisation des marchés financiers au sein du FMI¹⁵).

Il persiste, néanmoins, une tentation forte de prolonger le projet de Posner, notamment dans le cadre de l'économie du droit européenne ou francophone. Ce projet est de rationaliser les règles de droit en substituant au formalisme juridique la logique du calcul économique. On en trouve une manifestation évidente dans l'orientation suivie dans l'*Encyclopedia of Law and Economics*, et dans la coloration dominante de l'association européenne de Law and Economics. *Grosso modo*, la philosophie en est la suivante : le droit souffre de l'emprise du formalisme (c'est-à-dire du raisonnement juridique syllogistique), car il débouche sur des décisions judiciaires qui ne contribuent pas à l'efficacité dans l'allocation des ressources ; il fait usage de concepts législatifs ou jurisprudentiels qui ne prennent pas en compte leur impact économique (entendu dans les mêmes termes : allocatifs). L'application des outils de la science économique (en fait : ceux de la seule microéconomie) devrait permettre d'améliorer l'efficacité des règles. Cela suppose de substituer la logique économique à la logique juridique dans la formulation ou l'interprétation du droit, notamment par les juges. Cette neutralité axiologique proclamée (il n'y a qu'une manière de faire de l'économie) dissimule mal, en fait, la vigueur d'un sentiment anti-étatiste et anti-redistributif. Qu'on en prenne un exemple : je me contenterai d'une citation de Michael Faure, un des avocats les plus actifs de la philosophie décrite plus haut, traitant du droit français de la responsabilité civile :

« ... the way in which case law has interpreted traditional strict liability cases of the Code Civil seem often too extensive. In some cases liability is accepted also when this never could have affected the incentives for care.... All of these tendencies are hardly reconcilable with economic analysis are based on distributive justice notions, such as victim compensation. »¹⁶

En résumé : de la logique d'incitation à la prudence ou de celle de l'indemnisation des victimes, seule la première est justifiée économiquement. L'indemnisation dans un régime de responsabilité sans faute est parasitée par des considérations de justice distributive qui n'ont pas de justification économique !¹⁷

¹³ Notamment Nicholas Mercuro et Warren J. Samuels.

¹⁴ Sur cette perspective, on peut se reporter au beau livre de Robin P. Malloy, *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, 2001.

¹⁵ On ne peut manquer de se réjouir que Stiglitz insiste sur l'importance d'un système judiciaire fiable pour la transition à l'économie de marché, tant dans les PECO que dans les pays en développement, alors que c'est une question que le FMI laisse hors de sa vision de l'ajustement macroéconomique. Voir son ouvrage *La grande désillusion*, Fayard, 2002.

¹⁶ M. Faure, "Tort Liability in France : an Introductory Economic Analysis" in B. Deffains et T. Kirat (Eds), *Law and Economics in Civil Law Countries*, The Economics of Legal Relationships (series Editor : N. Mercuro), JAI Press/Elsevier, 2001, pp. 169-181.

¹⁷ On fera remarquer qu'il est curieux que l'auteur conclue en disant que des analyses empiriques pourraient valider l'analyse qu'il fait du droit français de la responsabilité...

De mon point de vue, tout cela manque de prise avec la complexité empirique du vrai monde du droit. Tout ce que cela produit, c'est de l'interprétation *discursive*, ou *rhétorique*, de catégories juridiques, voire même une espèce d'exégèse visant à dégager une règle économique dans les énoncés juridiques : par exemple, interpréter l'art. 1382 du code civil à la lumière de la théorie économique de la responsabilité... travailler ainsi, c'est éviter de s'engager dans la compréhension du fonctionnement empirique du droit et du contenu économique des règles telles qu'elles fonctionnent... Je tiens à ce propos à signaler que l'évaluation économique du changement juridique n'est plus assurée par seuls les économistes du droit ; elle est prise en charge par des macro-économistes, utilisant des techniques statistiques ou économétriques pour saisir les effets de nouvelles législations.

Elle est souvent qualifiée d'évaluation des politiques publiques, et assurée par les économistes-statisticiens de l'INSEE, de la Direction de la Prévision du ministère de l'économie et des finances, de l'IRES, de l'OFCE, et quelques équipes universitaires. On pourrait cependant formuler quelques réserves sur les conceptions implicites du droit mobilisées par les analystes, majoritairement peu attentifs à l'observation de la mise en œuvre des dispositifs juridiques et centrés sur la formulation des énoncés des textes législatifs, dont il est implicitement posé ou qu'ils sont performatifs, ou qu'ils donnent lieu à des utilisations contradictoires dont il s'agit de calculer les effets nets .¹⁸

IV. L'influence de l'économie sur le droit

Peu de travaux empiriques, statistiquement significatifs, ont été consacrés à cette question. En France, l'étude que j'ai conduite avec Evelyne Serverin sur la place des questionnements économiques dans la recherche juridique, mesurée par les données du Fichier central des thèses, conclut à la persistance des cloisonnements entre la sphère juridique et les grilles de lecture économiques : les thèses consacrées à des objets qui comportent une théorisation des relations droit-économie sont, aussi bien en droit privé qu'en droit public, quantitativement insignifiantes : 1,15 % en droit privé, 3,3% en droit public.¹⁹

Aux Etats-Unis, selon Eric Posner²⁰, l'influence de l'AED sur la pratique juridique, qu'elle soit exprimée par les articles publiés dans les revues juridiques, les manuels de

¹⁸ On peut se reporter aux travaux d'Anne-Lise Aucouturier sur l'évaluation des effets des politiques de l'emploi, et à son analyse des méthodes de calcul du coût par chômeur évité et des modélisations macroéconomiques. S'agissant des premières, elle conclut que « ...les modalités d'utilisation effective des mesures par les entreprises sont rarement observées ». Anne-Lise Aucouturier et Claude Didry, *Critique du marché du travail. Une évaluation institutionnaliste des politiques de l'emploi*, document non publié, IDHE-ENS Cachan. Pour un aperçu plus synthétique, voir B. Perret, *L'évaluation des politiques publiques*, La Découverte, Repères, 2001.

¹⁹ Nous avons exploité une extraction du fichier central des thèses de Nanterre, couvrant la période courant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2000, qui représente un effectif de 2900 thèses inscrites en droit privé, droit public, droit pénal, histoire du droit. Les résultats de notre exploitation sont accessibles sur le site : <http://www.idhe.ens-cachan.fr>

²⁰ Eric A. Posner, "Economic Analysis of Contract Law after Three Decades : Success or Failure ?", University of Chicago Law School, *John M. Ohlin Law & Economics Working Paper* N°146 (2d Series), mars 2002 (www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html), pp. 34-36.

droit, ou par la pratique juridictionnelle, est mineure. Il a réalisé une analyse bibliométrique des articles économiques cités dans les principales revues juridiques américaines (les *Law Review* de : California, Chicago, Columbia, Michigan, Northwestern, New York University, Virginia, Texas, Yale) au cours des quinze dernières années dans le domaine du droit des contrats. Il montre que les articles économiques ne sont pas plus cités plus fréquemment que les articles non-économiques : 66 articles économiques cités sur 2431 citations ; 54 articles non-économiques cités, sur 2247 citations.

S'agissant des manuels de référence de droit des contrats, E. Posner a dénombré les occurrences des termes économiques dans le manuel de Farnsworth : 32 occurrences de *efficiency*, 113 d'«*économie*», 5 de «*coûts de transaction*», 2 de «*Coase*». Il estime par ailleurs que si les manuels et *case-books* montrent une influence de l'économie, celle-ci est mineure : les articles d'économie cités sont le plus souvent antérieurs à 1980 ; ces citations ne témoignent pas du fait que les auteurs admettent l'idée d'une logique économique sous-jacente au droit, mais relèvent plutôt d'une «*perspective exotique*».

S'agissant enfin de la pratique juridictionnelle dans le domaine du droit des contrats, E. Posner estime que : «*il est très difficile de trouver des décisions dans lesquelles les juges usent délibérément d'arguments économiques pour justifier leurs conclusions*» (p. 35). Ce juriste a passé en revue les arrêts des cours d'Etat et des cours fédérales, à la recherche de ceux qui citent un article économique publié après 1980 ; il n'en dénombre que 23, dont aucune ne peut être considérée comme révélant une réelle influence économique. E. Posner en conclut que l'influence de l'économie sur les décisions judiciaires est aussi peu statistiquement significative que celle des *Critical Legal Studies*, qui n'a jamais eu de visée normative.

En guise de conclusion

En guise de conclusion, je me propose de donner un bref aperçu des orientations prises en France dans la réflexion sur le thème qui nous préoccupe : la place de l'économie dans le droit.

- Des questionnements se font jour, ici ou là, sur le raisonnement économique du juge, dans une sorte de «*revival*» du Legal Realism dont interprétation triviale, pour reprendre cette formule célèbre, laisse penser que la décision judiciaire dépend plus de ce que le juge a mangé au petit déjeuner que de la logique juridique... On peut constater également que l'on compare les raisonnements du juge judiciaire et du juge administratif, que l'on voit dans les régulateurs spécialisés ou les autorités administratives indépendantes des suppôts ou des anges (selon les préférences politiques des auteurs) de la rationalité économique et de la logique du marché, etc. Je suis personnellement dubitatif quant à la pertinence des interrogations sur le raisonnement économique du juge, dans la mesure où le juge judiciaire comme le juge administratif n'en ont pas... par contre, leur intervention en tant que juge dans un système légaliste est structurée par les dispositifs juridiques, substantiels et procéduraux, qui ont une économie de leur seul fait.

- Des interrogations légitimes sont formulées, par des magistrats comme le Président Canivet et de (trop peu nombreux) juristes universitaires sur l'économie même des règles ou des dispositifs juridiques. Ces interrogations ont trait à l'analyse des conséquences empiriques du fonctionnement normal des règles et des procédures, et tentent d'y jeter un regard objectif, exempt d'hypothèses de comportement des acteurs. Le Président Canivet estime à juste titre que les activités de justice révèlent une « économie » au sens où elles produisent des services à partir de ressources données, et que s'y greffent des instruments économiques (comme l'aide juridictionnelle)²¹; la recherche effectuée par le CERCRID sur « le coût de la durée du procès civil » pour le compte du GIP Justice révèle clairement l'existence d'une économie des règles de calcul des intérêts de retard dans les procès civils.²²

En résumé, mon message est le suivant : travailler sur le contenu économique des règles de droit et des institutions juridiques ne condamne pas à adhérer à l'idéologie de l'ordre concurrentiel.

²¹ Guy Canivet, "Economie de la justice et procès équitable", *JCP Ed. générale, Doctrine*, N°46, 14 nov. 2001, pp.2085-2093.

²² Pascal Ancel et Marianne Cottin, "le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil", *Revue internationale de droit économique*, n°2, 1999.