

**LE DROIT ET L'ÉCONOMIE : ÉTUDE CRITIQUE  
DES RELATIONS ENTRE LES DEUX DISCIPLINES  
ET ÉBAUCHES DE PERSPECTIVES RENOUVELÉES**

Thierry Kirat, Laurent Vidal

► **To cite this version:**

Thierry Kirat, Laurent Vidal. LE DROIT ET L'ÉCONOMIE : ÉTUDE CRITIQUE DES RELATIONS ENTRE LES DEUX DISCIPLINES ET ÉBAUCHES DE PERSPECTIVES RENOUVELÉES. article à paraître dans les Annales de l'Institut André Tunc (Université de Paris I). 2005. <halshs-00004883>

**HAL Id: halshs-00004883**

**<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00004883>**

Submitted on 7 Oct 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.

---

## LE DROIT ET L'ÉCONOMIE : ÉTUDE CRITIQUE DES RELATIONS ENTRE LES DEUX DISCIPLINES ET ÉBAUCHES DE PERSPECTIVES RENOUVELÉES

---

*Thierry KIRAT*  
(Chargé de recherches au CNRS/IRIS-CREDEP)

et

*Laurent VIDAL*  
(Maître de conférences à l'Université de Paris I – Chercheur associé à l'IRIS-CREDEP/CNRS)

(à paraître dans les Annales de l'Institut André TUNC – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005)

Le tissage de liens étroits entre le droit et l'économie est une question d'autant plus cruciale que se développent des formes nouvelles de régulation de pans entiers de la vie économique et qu'apparaissent des considérations économiques au cœur même de la régulation juridique, comme le démontrent l'essor du droit de l'énergie et des réseaux<sup>1</sup> ou les pratiques étrangères de partenariats public-privé.<sup>2</sup> Les nouvelles formes de contrats entre personnes publiques et personnes privées supposent en effet de recourir à l'analyse économique et financière dans la négociation du contrat, son financement et sa supervision. Les juristes ne peuvent plus ignorer la place prise par les considérations économiques dans le droit, et dans le droit public en particulier.<sup>3</sup> La question qui se pose alors immédiatement est de déterminer si le monde du droit doit s'ouvrir à l'économie et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et à quel type d'économie. C'est dans cette optique que nous souhaitons apporter ici quelques éléments d'analyse et proposer des perspectives pour un dialogue renouvelé entre juristes et économistes.

Mais avant toute chose, il nous semble que le mot « *économie* » doit être précisé. Il désigne en effet :

- soit un ordre de discours qui se perçoit comme scientifique : on parlera de science économique ou d'analyse économique, elles-mêmes plus hétérogènes que ne le pense le profane, comme nous le verrons plus loin<sup>4</sup> ;

- soit une dimension substantielle des réalités juridiques : on parlera alors de dimension économique (du contrat, de la délégation de service public, de la responsabilité administrative, de la domanialité publique, de la concurrence, de la fiscalité, etc.) ; dans ce contexte, le qualificatif « *économique* » est souvent pris au sens large, renvoyant à des considérations financières ou comptables.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> V. la chronique annuelle consacrée dans les présentes *Annales* au « *Droit de l'énergie et des réseaux* ».

<sup>2</sup> F. MARTY, S. TROSA, A. VOISIN, La construction des méthodes de comparaison de coûts public-privé : les enseignements des expériences étrangères, *Politiques et management public*, vol. 22, n° 3, sept. 2004, pp. 43-64.

<sup>3</sup> Pour preuve de l'intérêt croissant porté à ces considérations par les juristes, le colloque organisé conjointement le vendredi 30 septembre 2005 par le Programme de Recherches « *Attractivité Économique du Droit* » (Ministère de la Justice – Services des Affaires Européennes et Internationales SAEI-AED-GIP), l'Université de Paris X-Nanterre et le laboratoire Economix sur « *Les interactions entre le Droit et l'Économie* ».

<sup>4</sup> En ce sens, v. par exemple, G. GASTON GRANGER, Épistémologie économique in *Encyclopédie économique*, sld. de X. GREFFE, J. MAIRESSE et J.-L. REIFFERS, Economica, Paris, 1990, 2 tomes, tome 1, pp. 3-23 ainsi que H. BROCHIER, Critères de scientificité en économie in *Encyclopédie économique*, *op. cit.*, pp. 25-53. V. également, J. WISEMAN, *Beyond Positive Economics*, Macmillan, Londres, 1983 ; K. POPPER, Entretien sur l'économie, *Revue Française d'Économie*, n° 2, Automne, 1986, pp. 55-64 ; C. MEIDINGER, L'empirisme et le statut des hypothèses *ad hoc* en physique et en économie, *Cahiers de l'ISMEA*. Série « *Oeconomia* », histoire de la pensée économique, n° 8, 1987, pp. 129-152, Presses universitaires de Grenoble, Presses de l'ISMEA, Paris-Grenoble.

<sup>5</sup> Pour une approche en termes d'analyse substantielle du droit, v. G. FARJAT, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *Revue Internationale de Droit Économique*, 1986, pp. 9-42.

Cette ambivalence du terme « économie » se manifeste clairement dans la distinction entre l'« économie du droit » et le « droit économique » ainsi que le signale à juste titre Gérard FARJAT dans un ouvrage récent : l'économie du droit conduit une *analyse économique du droit*, alors que le droit économique s'attache à une *analyse juridique de l'économie*.<sup>6</sup> Il nous semble à cet égard que le dialogue entre droit et économie est souvent contrarié par un malentendu entre juristes et économistes : alors que les premiers entendent l'économie dans un sens substantiel, les économistes l'entendent dans un sens analytique.

Aussi défendons-nous la thèse selon laquelle, avant de pénétrer plus avant dans la pratique de l'interdisciplinarité droit/économie, il est impérieux d'identifier et de bien saisir les niveaux de discours des deux disciplines, niveaux de discours qui ressortent des termes employés naguère par le professeur d'économie politique Gaëtan PIROU :

*« le droit et l'économie politique ne sont pas de même nature. L'économie politique prétend être une science ; elle observe des faits ; elle recherche les causes qui les engendrent, les lois qui les commandent, les régularités qui s'y expriment. Et (...) en tant que science, elle ne juge pas, elle n'apprécie pas, elle ne défend pas. Le Droit, tout au contraire, a pour objet et pour mission de formuler des prescriptions, de dégager des principes, d'élaborer des réglementations. »<sup>7</sup>*

Les propos de Gaëtan PIROU – qui concluait que « entre le droit et l'économie politique, entre le juriste et l'économiste, il y a souvent plus d'opposition que d'affinité » – nous paraissent malheureusement encore d'actualité et nous semblent caractériser les discours particuliers de l'économie du droit et du droit économique.<sup>8</sup> En effet, de nombreux travaux d'économie du droit, en dépit du sérieux de leur auteur et de l'ambition scientifique qui les sous-tend, sont réalisés sans toujours prendre en compte la complexité du contenu des dispositifs juridiques, notamment lorsqu'ils ne s'adressent pas tant aux juristes qu'à la communauté des économistes. Or l'on sait qu'au sein de cette dernière, l'échange scientifique et sa légitimité reposent plus sur les théories mobilisées, les problématiques et le langage parlé que sur le réalisme juridique qui, méthodologiquement s'entend, n'est ni un enjeu ni une condition de validité du discours économique. D'un autre côté, un droit économique qui s'appuie sur une conception du droit en tant que système autonome et mène une analyse exclusivement juridique de l'économie, n'a pas besoin, pour être pratiqué, de mobiliser des savoirs économiques. Témoignage de ce rapport d'extériorité qu'entretiennent les deux sciences, les difficultés de leurs représentants à communiquer, difficultés que l'on retrouve aussi bien lors d'échanges informels qu'à l'occasion des travaux menés en commun ou dans les colloques et séminaires. D'où l'impérieuse nécessité d'une clarification des concepts et de l'établissement d'une méthode, en bref, de l'élaboration d'un code ou d'un référentiel commun, sans lequel, le premier enthousiasme le cèdera vite au découragement si ce n'est à une nouvelle indifférence cette fois-ci aggravée.

Aussi, et dans un premier temps, nous essayerons-nous à clarifier les niveaux de discours de la science économique sur le droit (**SECTION 1**). Puis, dans un second temps, nous nous risquerons au même exercice, cette fois en nous livrant à l'analyse des représentations de l'économie dans le discours juridique (**SECTION 2**). Nous tenterons ainsi de définir des orientations pour un dialogue renouvelé entre le droit et l'économie (**SECTION 3**).

---

<sup>6</sup> G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, P.U.F., coll. « Les voies du droit », 2004, pp. 12-13.

<sup>7</sup> G. PIROU, *Introduction à l'étude de l'économie politique*, Recueil Sirey, 1939, pp. 111-112.

<sup>8</sup> Ce que Christophe JAMIN traduit en ces termes : « C'est peut-être l'ignorance mutuelle, fût-elle relative, qui rend le plus exactement compte des rapports qu'entretiennent depuis deux siècles les juristes et les économistes français », article Économie du droit, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sld. de Denis ALLAND et Stéphanie RIALS, LAMY/PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 578-581 et spéc. p. 578.

## SECTION 1 : LES NIVEAUX DE DISCOURS DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE SUR LE DROIT

---

Nous nous proposons de réaliser ici un bilan des travaux de l'analyse économique francophone sous l'angle de leur contribution à la connaissance du droit. On s'attachera à cette fin à la question suivante : « *quel droit parlent les économistes ?* », autrement dit, quelle représentation se font-ils de l'objet « *droit* » et quelles sources juridiques utilisent-ils.

L'analyse des travaux assis sur le traitement de variables juridiques, travaux réalisés en France depuis une dizaine d'années, montre que tous ceux qui se réclament de l'économie du droit ne se rattachent pas au cœur méthodologique évoqué par Richard A. POSNER, alors que d'autres recherches, qui ne s'affichent pas dans ce champ disciplinaire, lui en sont pourtant proches. Nous nous proposons d'ordonner les travaux économiques recensés en fonction du type de sources juridiques mobilisées, c'est-à-dire des matériaux juridiques exploités par les analystes. Nous serons ainsi conduits à distinguer entre :

- l'analyse économique de *concepts* juridiques (**A** –),
- les travaux d'analyse économique qui recherchent une *validation* dans la doctrine juridique (**B** –),
- l'analyse économique empirique à base de *données juridiques* (**C** –),
- le recours par les économistes à l'*observation du droit en action* (**D** –).

### A – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE CONCEPTS JURIDIQUES

On sait que le projet de la *Law and Economics*, qui prospère outre-Atlantique mais suscite, à tort ou à raison, des résistances en Europe,<sup>9</sup> consiste à soumettre les concepts juridiques à une analyse microéconomique destinée à théoriser les relations qui unissent le droit et les comportements économiques ainsi que les résultats de ces relations en termes d'efficacité.

Dans cette perspective, et selon la même méthode, une branche importante de la *Law and Economics* européenne, qui se rassemble en particulier au sein l'*European Association of Law and Economics*, a développé une visée normative dont la finalité est de repenser les concepts juridiques sous l'angle économique.<sup>10</sup> Cette branche commence à s'implanter en France, comme en témoignent les travaux consacrés aux modes de règlement

---

<sup>9</sup> H. MUIR-WATT, 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*, Editions Cujas, , 2002, pp. 37-45.

<sup>10</sup> R. VAN DEN BERGH, The growth of Law and economics in Europe, *European Economic Review*, 40, 1995, pp. 969-977.

des conflits,<sup>11</sup> au droit administratif et à la justice administrative<sup>12</sup>, à la justice civile,<sup>13</sup> à l'interprétation judiciaire des contrats,<sup>14</sup> aux droits de propriété dans les espaces ruraux,<sup>15</sup> etc.

Or il nous paraît incontestable que ces travaux reposent davantage sur l'exploitation de *concepts juridiques stylisés*, souvent dans les termes dans lesquels ils sont définis par la doctrine juridique, que sur celle du fonctionnement économique du droit. Certes, il est à l'évidence légitime de procéder, pour reprendre l'expression de Joseph SCHUMPETER, à une abstraction des phénomènes jusqu'au point au-delà duquel ils cesseraient d'être intelligibles, et de construire une modélisation visant à dégager, sur un plan épistémique plus que pratique, les traits saillants des concepts étudiés. Reste, toutefois, à comprendre les implications normatives de *modèles stylisés*. De ce point de vue, le risque est grand de voir le discours économique se boucler sur lui-même, faute d'articulation encore suffisante avec les catégories juridiques de l'action pratique, c'est-à-dire avec *ce que le droit fait* dans le monde réel.<sup>16</sup> À quoi s'ajoute, inconvénient qui en découle, que le caractère ambigu des qualifications abstraites du droit par rapport à la complexité des pratiques économiques est à la source de l'adoption, par les acteurs, de comportements stratégiques qui faussent l'observation.

Aussi l'information des modèles économiques par les concepts juridiques empruntés à la doctrine est-elle, *en soi*, à l'origine de difficultés méthodologiques, dont la principale réside dans la croyance que la doctrine est un bon descripteur du droit « *tel qu'il existe* ». Les analyses du droit privé de la responsabilité civile en sont un exemple significatif : le recours, souvent discursif ou rhétorique, à des outils d'analyse économique (tels que les coûts, les incitations, le bien-être) est pratiqué sur un fond de distinction entre deux idées doctrinales de la responsabilité : pour faute ou objective. En effet, la doctrine décrit l'univers du droit de la responsabilité sous l'angle de ces deux formes, établies et discutées pour commenter la cohérence logique des règles du Code civil et de la production jurisprudentielle. Or la finalité de la doctrine n'est pas d'établir scientifiquement, systématiquement, et globalement, les traits réels du droit existant à une période donnée<sup>17</sup> :

---

<sup>11</sup> N. CHAPPE, L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage, Revue française d'économie, vol. XV, 4, avril 2001, pp. 187-208 ; B. DEFFAINS, L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques, Revue française d'économie, n° 3, 1997, pp. 57-99 ; R. DELOCHE et B. CHOPARD, Règlement amiable et (suppression de la) suspension provisoire des poursuites : une étude d'impact à l'aide de la théorie des jeux, in Y. CHAPUT (dir.), Le droit au défi de l'économie, Presses de la Sorbonne, 2002 ; M. DORIAT-DUBAN et B. DEFFAINS, Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement, in T. KIRAT et E. SERVERIN (dir.), Le droit dans l'action économique, CNRS Editions, 2000, pp. 79-110.

<sup>12</sup> J.-M. JOSSELIN et A. MARCIANO, Administrative Law and Economics, in G. BACKHAUS (Ed.), The Elgar Companion to Law and Economics, Edward Elgar, 1999, pp. 116-121 ; S. HARNAY et A. MARCIANO, Independence and Judicial Discretion in a Dualist Regime : the Case of French Administrative Judiciary, in B. DEFFAINS et T. KIRAT (Eds), Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationships, vol. 6, JAI Press/Elsevier, 2001, pp. 217-230.

<sup>13</sup> C. BARRERE, Les approches économiques du système judiciaire, Revue internationale de droit économique, numéro spécial : De l'économie de la justice, n° 2, 1999, pp. 153-183.

<sup>14</sup> L. COUARTOU, Does Judicial Modification of Contracts Matter ? Imperfection of Contracts as a Commitment Device, document de travail du GREMAQ, université des sciences sociales de Toulouse, 2001 (non publié).

<sup>15</sup> F. FACCHINI, Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile, Économie Appliquée, tome L., n° 4, pp. 97-125.

<sup>16</sup> Difficulté à ne pas confondre avec celle qui résulte du caractère abstrait de certaines notions introduites dans la théorie économique et qui paraissent difficilement accessibles à la mesure effective (v. en ce sens, et par exemple, le concept de « *rente du consommateur* » dont J. R. HICKS indique qu'il constitue « *une manière extrêmement commode de fixer les idées* » plutôt qu'une grandeur réelle, A Revision of Demand Theory, Oxford, Clarendon Press, 1956). En effet, ces notions, non accessibles à l'expérience, n'en demeurent pas moins efficaces à la fois par l'intelligibilité qu'elles procurent, et par les conséquences sur des grandeurs mesurables qu'elles permettent de calculer. Pour une critique plus générale de l'indifférence manifestée par les économistes à l'égard de ce qui passe effectivement dans le monde réel, indifférence renforcée par la façon suivant laquelle ils pensent leur objet d'analyse, v. R. COASE, L'économie néo-institutionnelle, Revue d'économie industrielle, n° 92, 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> trimestre 2000, pp. 51 et s.

<sup>17</sup> Sur le rôle de la doctrine en droit public, v. la thèse de Maryse DEGUERGUE, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, « Bibliothèque de droit public », tome 171, L.G.D.J., Paris, 1994, thèse soutenue en 1991 à l'Université de Paris I.

elle est de contribuer à une rationalisation de la normativité des règles. Comme le reconnaît Gérard FARJAT,

« *En tant que juristes, nous ne sommes pas soumis aux exigences de la science, nous ne relevons pas du système scientifique.* »<sup>18</sup>

Partant, si la doctrine étaye ses commentaires de la responsabilité à l'aide des concepts de faute et de risque, c'est dans une visée normative ; ces deux concepts ne permettent pas, et ce n'est pas leur objet, de qualifier les réalités du fonctionnement du droit de la responsabilité où la faute et le risque se côtoient quotidiennement comme l'ont montré Évelyne SERVERIN et son équipe du C.E.R.C.R.I.D. dans leur étude de l'indemnisation des victimes corporelles d'accidents de la circulation automobile.<sup>19</sup>

Or l'application discursive des concepts économiques à ces concepts juridiques tend à imposer l'idée que la responsabilité objective, sans faute, est en règle générale économiquement inefficace, parce qu'elle ne produit pas de bonnes incitations à des comportements prudents *ex ante* ; la responsabilité fondée sur la faute aurait cette vertu d'inciter les agents à la prise de précaution et, ainsi, de réduire la probabilité d'occurrence des dommages.<sup>20</sup> Toutefois, cet argument général mérite d'être nuancé, tant les analystes prennent la précaution d'établir des typologies de situations (en termes de rapport des agents au risque, de participation de la victime à la prévention du dommage, c'est-à-dire en situation d'« *accident bilatéral* ») et d'y faire correspondre les règles de responsabilité qui tendent vers l'efficacité. De manière plus générale, les spécialistes de *Law and Economics* ne défendent pas, à l'évidence, une position unique et univoque quant aux effets économiques des règles juridiques, telles les clauses pénales<sup>21</sup> ou les remèdes à l'inexécution. À titre d'exemple, l'étude des effets des *expectation damages* ne conduit pas à une conclusion univoque, mais circonstanciée au regard du degré d'aversion au risque des agents ou de la compatibilité d'un certain nombre d'incitations qu'ils sont censés produire : des incitations à contracter, à investir dans des actifs pour exécuter un contrat, à prendre des précautions contre le risque d'inexécution ou à rompre la relation. De manière plus générale, les considérations d'efficacité vont, selon les auteurs et leurs hypothèses de travail, parfois en faveur des « *expectation damages* », parfois en faveur des « *reliance damages* ». <sup>22</sup>

À ces thèses peut être opposé le jugement de DEWEES, DUFF et TREBILCOCK,<sup>23</sup> qui estiment dans leur imposant ouvrage consacré à l'établissement des preuves empiriques dans les études économiques du droit de la responsabilité, que ces dernières sont dominées par une théorisation abstraite qui fait trop souvent l'impasse sur les faits empiriques ; leur ouvrage de recension et de critique des analyses empiriques du droit de la responsabilité, réalisées en Amérique du Nord et en Europe, conclut à l'indécidabilité des résultats disponibles sous trois perspectives : les effets incitatifs à la précaution, l'indemnisation des victimes, et la justice corrective. D'où l'importance cruciale des données juridiques (voir *infra*, C).

---

<sup>18</sup> G. FARJAT, 2004, *op. cit.*, pp. 11-12.

<sup>19</sup> E. SERVERIN, L'accident corporel de la circulation, entre transactionnel et juridictionnel, rapport de recherche à la Chancellerie, ministère de la Justice, CERCRID-Université de Saint-Etienne, 1997.

<sup>20</sup> M. FAURE, Tort Liability in France : an Introductory Analysis, in B. DEFFAINS et T. KIRAT (Eds), Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationships, vol. 6, JAI Press/Elsevier, 2001, pp. 149-181 ; M. FAURE et A. OGUS, Economie du droit : le cas français, Editions Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, notamment pp. 67 à 93.

<sup>21</sup> Par exemple : Aristides N. HATZIS, Having the Cake and Eating it Too: Efficient Penalty Clauses in Common Law and Civil Contract Law, International Review of Law and Economics, 22, 2003, pp. 381-406.

<sup>22</sup> Par exemple : Gillian HADFIELD, Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Spring 1999.

<sup>23</sup> D. DEWEES, D. DUFF et M. TREBILCOCK, Exploring the Domain of Accident Law. Taking the Facts Seriously, Oxford University Press, 1996.

Les analyses des économistes fondées sur des objets juridiques conceptualisés et stylisés gagneraient donc, très vraisemblablement, à une articulation plus forte avec le ce que droit fait dans le monde réel.

## **B – LA VALIDATION D'ANALYSES ÉCONOMIQUES PAR LA CONVOCATION DE LA DOCTRINE**

---

Le rapport des économistes avec le droit se développe également, dans certains travaux, en direction de l'étude des consonances ou des dissonances entre les théorisations économiques et le discours du droit sur des objets pensés comme communs. De tels travaux sont en particulier réalisés dans le domaine des contrats.<sup>24</sup> Ils résultent d'interactions *discursives* entre économistes et juristes et s'inscrivent dans une démarche de validation des analyses économiques par les détenteurs d'un savoir juridique.

Dans ce contexte, les sources juridiques mobilisées par les économistes ne sont pas le produit de ce que l'on serait tenté d'appeler une « *intégration verticale* » entre le droit et l'économie, mais d'une *sous-traitance par les économistes de la production de savoirs juridiques*.

Reste à déterminer la qualité du produit de la sous-traitance. De ce point de vue, il importe de signaler, à nouveau, que les savoirs juridiques doivent être rapportés au contexte de leur énonciation ; en la matière, lorsque ces savoirs relèvent d'une activité dogmatico-doctrinale,<sup>25</sup> il convient de les saisir comme le produit d'une activité des juristes qui se situe à une certaine distance d'une connaissance empirique et scientifique (au sens où elles reposerait sur les méthodes de recherche en science sociale) du fonctionnement des dispositifs juridiques. La doctrine juridique, en effet, est un discours centré, pour l'essentiel, sur la qualité formelle des règles, et non pas le produit de protocoles de recherche sur le fonctionnement social (et économique) de la régulation juridique. Approche en terme de discours sur la qualité formelle des règles qui ne néglige pas, bien sûr, la vertu intégrative que revêt la doctrine à l'égard de la jurisprudence en lui permettant de se muer en droit positif.<sup>26</sup> Imprimer une cohérence à une série de décisions, révéler la règle de droit par un mécanisme d'abstraction et de systématisation inductive par une suite d'opérations précises,<sup>27</sup> voilà la tâche qui incombe à la doctrine juridique. Ce travail, important, n'en demeure pas moins, méthodologiquement, de nature formelle.<sup>28</sup>

Or le phénomène contractuel est fortement investi par des économistes qui visent à dégager la qualité des règles de droit en termes de cohérence avec les *propriétés strictement économiques* des contrats ; ainsi, Eric BROUSSEAU estime que la *common law* des États-Unis a des vertus que le droit civil français n'a pas quant à la « *souplesse* » des ajustements des contrats en cours d'exécution dans un environnement toujours changeant et imprévisible *a priori*. Selon lui, le droit privé américain faciliterait la renégociation de contrats « *incomplets* », alors que le droit civil français serait hostile à l'incomplétude des contrats, à leur renégociation et à leur interprétation judiciaire.<sup>29</sup> Dans la même perspective, Claude MENARD compare les droits français et américains de la détermination des prix

---

<sup>24</sup> E. BROUSSEAU, Did the common law biased the economics of contract... and may it change ?, in B. DEFFAINS et T. KIRAT (dir), *Law and Economics in Civil Law Countries*, JAI Press-Elsevier, 2001, pp. 79-105 ; E. BROUSSEAU et M. FARES, Règles de droit et inexécution du contrat : l'apport de la théorie économique au droit comparé, *Revue d'économie politique*, nov-déc. 2002, pp. 844-863 ; C. MENARD, Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste, *Mélanges en l'honneur de Jacques GHESTIN*, 2001, pp. 661-671.

<sup>25</sup> A. JEAMMAUD, T. KIRAT et M.-C. VILLEVAL, L'entreprise, les règles juridiques et son institutionnalisation, *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 1996, pp. 99-141.

<sup>26</sup> En ce sens, v. M. HÉBRAUD, Le juge et la jurisprudence, *Mélanges Couzinet*, Toulouse, 1974, pp. 329 et s. et spéc. p. 335.

<sup>27</sup> V. G. VEDEL, Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?, *E.D.C.E.*, 1979-1980, pp. 31 et s. et spéc. pp. 37-38.

<sup>28</sup> V. la thèse précitée de Maryse DEGUERGUE.

<sup>29</sup> E. BROUSSEAU, 2001, *op. cit.*, p. 86.

dans les contrats de longue durée. Il estime ainsi que la *common law* n'est pas hostile à la conclusion de contrats de longue durée du fait qu'elle « *n'impose pas de prix déterminé* »<sup>30</sup> alors que le droit français est plus réservé : cette réserve se manifesterait par l'obligation de détermination du prix, lorsqu'il n'est pas déterminé, en référence à des « *éléments indépendants de la volonté des parties...* »<sup>31</sup>

Ces énoncés, séduisants, traduisent une conception des dispositifs juridiques qui n'est toutefois pas exclusive ; ainsi Éric BROUSSEAU défend-il l'idée, en substance, que le droit privé français prohiberait les contrats incomplets, parce qu'il prohibe les contrats sans prix.<sup>32</sup> Selon nous, il est possible, de manière alternative, de considérer également qu'un contrat sans prix n'est pas un contrat incomplet : c'est un acte juridiquement non valide. En revanche, un contrat valide est le réceptacle de dispositions légales qui organisent les conditions de son adaptation à des circonstances non prévues, c'est-à-dire qui font d'un contrat incomplet un contrat « *complétable* » ; ainsi, les règles du Code civil relatives aux obligations conditionnelles constituent-elles le support d'une gestion des contrats incomplets, qui pourraient faire l'objet d'une attention soutenue de la part des analystes.<sup>33</sup> De la même manière sommes-nous enclins, avec Claude MENARD, à accorder un certain crédit à la doctrine, mais à un moindre degré que lui, surtout lorsqu'elle oppose le droit français et le droit des États-Unis de la détermination des prix dans les contrats de longue durée ; s'ils sont présentés comme radicalement différents, un examen attentif des dispositifs juridiques permet de soutenir que, dans les deux cas, les prix doivent être déterminables à défaut d'être déterminés.<sup>34</sup>

Partant, il nous semble que l'une des vertus de ces travaux est de démontrer que le dialogue entre droit et économie ne peut se contenter d'une information doctrinale des économistes sur les caractéristiques juridiques des objets étudiés, surtout lorsqu'elles font intervenir des éléments de droit comparé dont on sait, au demeurant, la situation académique préoccupante en France. En la matière, il existe un intérêt certain à développer des travaux de droit et économie comparés, sur le modèle de ceux que l'on voit émerger en Italie.<sup>35</sup>

Passons à présent au troisième niveau de discours de l'économie sur le droit.

## C – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE EMPIRIQUE DE DONNÉES JURIDIQUES

---

À l'évidence, le marquage empirique, notamment statistique, des travaux d'économie du droit est un enjeu considérable pour l'avenir. Dans le contexte français, ce champ est sous investi ; les travaux de Myriam DORIAT-DUBAN et Bruno DEFFAINS sur l'appareil judiciaire et ceux de Ioana MARINESCU sur le contentieux du licenciement doivent alors être particulièrement signalés.<sup>36</sup> Il faut aussi signaler ceux de Bertrand LEMENNICIER, Olivier MAILLARD et Emmanuel SCANO sur la réglementation de la publicité sur le tabac en France,<sup>37</sup> et, dans une certaine mesure, ceux de Jean CARTIER-BRESSON, Christelle JOSSELIN et Stefano MANACORDA pour l'Institut des Hautes

---

<sup>30</sup> C. MENARD, 2001, *op. cit.*, p. 3.

<sup>31</sup> *Eod. loc.*

<sup>32</sup> E. BROUSSEAU, 2001, *op. cit.*, p. 85.

<sup>33</sup> T. KIRAT, L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2003, pp. 11-46.

<sup>34</sup> Le droit des États-Unis (Uniform Commercial Code § 2.305) prévoit des mécanismes de détermination de prix dans les contrats sans prix déterminé, similaires à ceux que le droit français établit. La section 2.305 de l'Uniform Commercial Code prévoit en effet la possibilité de déterminer le prix sur la base de barèmes ou en référence à des mercuriales, c'est-à-dire d'éléments extérieurs à la volonté individuelle. Or, Claude MENARD suggère que ces références ne sont présentes qu'en droit français.

<sup>35</sup> U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Michigan University Press, 1998.

<sup>36</sup> M. DORIAT-DUBAN et B. DEFFAINS, 2000, *op. cit.* ; Ioana MARINESCU, *Coût et procédure de licenciement, croissance et innovation technologique*, thèse de doctorat en sciences économiques, Ecole des hautes études en sciences sociales, 28 juin 2005.

<sup>37</sup> B. LEMMENICIER, O. MAILLARD et E. SCANO, *Revue économique*, vol. 49, n° 6, Nov. 1998, pp. 1539-1572.



Études de la Sécurité Intérieure sur les délinquances économiques et financières transnationales<sup>38</sup>. Les chroniques de jurisprudence française et communautaire en droit de la concurrence de Michel GLAIS dans la *Revue d'économie industrielle* peuvent être rattachées à cette catégorie de travaux d'analyse économique de données juridiques qualitatives, de même que ceux d'Anne ISLA-PERNIN sur le traitement des aides publiques à l'industrie par la CJCE.<sup>39</sup>

Une fois posé le caractère incontestable de l'utilité d'un traitement quantitatif des données juridiques, ces travaux démontrent néanmoins qu'un tel traitement n'est pas neutre. Pour preuve les travaux de DEFFAINS et de DORIAT-DUBAN sur les modes de règlement des différends qui s'alimentent à deux sources : d'une part, la littérature théorique développée outre-Atlantique, notamment sur la question des « *effets dernière limite* » (ou les conditions d'un arrangement transactionnel entre les parties « *sur les marches du palais de justice* ») ; d'autre part, les données judiciaires françaises, exploitées dans la thèse de DORIAT-DUBAN<sup>40</sup> et dans un rapport de recherche pour la *Mission de Recherche Droit et justice*.<sup>41</sup> Ces recherches se déploient à l'interface des modèles théoriques et des données judiciaires et soulignent la complexité de leur articulation, au regard de deux contraintes : d'une part, la distance qui sépare les données judiciaires bâties sur des catégories institutionnelles (soit des événements judiciaires : catégories juridiques, nature et objet de la demande, etc.) des modèles économiques focalisés sur les variables comportementales<sup>42</sup> ; d'autre part, la nécessité d'interpréter les résultats de traitements statistiques au prisme du contexte procédural et institutionnel en vigueur.<sup>43</sup> Mais les approches statistiques et quantitatives ne sont pas la seule voie d'entrée dans l'analyse économique ; les productions des tribunaux peuvent aussi recevoir une interprétation économique qualitative. Force est toutefois de constater que les organes de régulation de la concurrence demeurent l'objet exclusif de l'attention des économistes ; l'investissement dans les domaines du droit qui ne ressortissent pas de la concurrence (comme la responsabilité civile ou pénale, l'assurance, l'expropriation, etc.) reste un chantier à ouvrir.

Le dernier discours de l'économie sur le droit se caractérise par le recours à l'observation du droit en action.

#### **D – LE RECOURS À L'OBSERVATION DU DROIT EN ACTION, NOTAMMENT LA PRODUCTION JURISPRUDENTIELLE**

---

Un nombre significatif de travaux économiques, qui ne se signalent pas comme appartenant au champ de l'économie du droit, usent cependant de *sources juridiques directes* en vue de comprendre et d'analyser les conséquences économiques du fonctionnement des dispositifs juridiques dans une série de relations économiques.

Dans cette orientation, assez hétéroclite du point de vue des objets (l'Organisation Mondiale du Commerce pour Christophe CHARLIER et Michel

---

<sup>38</sup> J. CARTIER-BRESSON, C. JOSSELIN, S. MANACORDA, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Études et Recherches, juillet 2001.

<sup>39</sup> A. ISLA-PERNIN, Stratégies des acteurs et interprétation des règles dans la réglementation européenne de la concurrence, in T. KIRAT et E. SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 195-217.

<sup>40</sup> M. DORIAT-DUBAN, thèse, Université de Nancy II.

<sup>41</sup> B. DEFFAINS (dir.), *L'analyse économique du règlement des litiges : approches théorique, empirique et comparative*, rapport de recherche à la mission de recherche Droit et justice, CREDES- Nancy II, janvier 2001, 284 p.

<sup>42</sup> Sur ce point : E. SERVERIN, De la statistique judiciaire civile et ses usages, *Revue internationale de droit économique*, n°2, 1999, pp. 281-294.

<sup>43</sup> Un modèle est fourni par les travaux du sociologue du droit E. BLANKENBURG : The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany, *Law & Society Review*, vol. 28, n° 4, 1994, pp. 789-808. En économie, les travaux de Ioana MARINESCU témoignent du fait que la prise en compte de raffinements juridiques ne rend pas impossible la pratique de l'analyse économétrique. V. Ioana MARINESCU, thèse, *op. cit.*

RAINELLI,<sup>44</sup> le droit d'auteur pour Pierre-Jean BENGHOZI et Thomas PARIS,<sup>45</sup> les fonds de pension aux États-Unis pour Sabine MONTAGNE, l'aide aux chômeurs créateurs d'entreprise pour Anne-Lise AUCOUTURIER,<sup>46</sup> le service public de l'électricité pour Frédéric MARTY,<sup>47</sup> les politiques rurales en milieu insulaire pour Jean-Christophe PAOLI,<sup>48</sup> les aides publiques à l'industrie pour ISLA-PERNIN, les programmes d'armement pour Thierry KIRAT, Denis BAYON et Hélène BLANC,<sup>49</sup> les comportements des entreprises pharmaceutiques vis-à-vis des droits de propriété industrielle relatifs au vivant pour Fabienne ORSI<sup>50</sup>, les données juridiques sont convoquées à un double titre : d'une part, comme source d'information sur le fonctionnement de la régulation juridique, ce qui conduit entre autres à considérer les décisions judiciaires comme le support de la connaissance du droit ; d'autre part, comme dimension pertinente du cadre de formulation et de mise en œuvre des stratégies économiques des acteurs.

Ces travaux ont ceci de particulier qu'ils contextualisent leur objet *économique* dans l'univers des *relations juridiques* au sein desquels il prend sens<sup>51</sup> ; ils renouent, souvent implicitement, avec une certaine tradition institutionnaliste (celle du *Old Institutionnalism* de John R. COMMONS dans son volet économique-juridique),<sup>52</sup> mais renouvelée et reformulée ; ils possèdent la grande vertu de s'émanciper de deux facteurs limitatifs de l'analyse microéconomique : d'une part, sa vision fonctionnaliste des institutions, entendues comme béquille exogène des comportements individuels ; d'autre part, en considérant que les phénomènes de coordination économique ne se situent pas dans un monde de « *purs projets* », mais dans des espaces d'action configurés par des règles, des institutions et des dispositifs d'action où sont présents des rapports d'opposition et de pouvoir.

Ainsi, l'importance économique du droit réside ici dans la découverte des effets des changements juridiques sur les comportements collectifs ou individuels, dans un cadre de rationalité procédurale et d'apprentissage institutionnel de la signification pratique des règles ; les travaux de MONTAGNE<sup>53</sup> consacrés aux effets de la loi fédérale américaine sur les retraites de 1974 (ERISA) à l'égard du comportement des gestionnaires de fonds de pension sont, de manière significative, alimentés par l'analyse de la jurisprudence américaine et des interprétations de cette loi par le *Department of Labor*. MONTAGNE établit clairement que les effets de la loi ERISA sont médiatisés par le canal procédural du droit américain du *trust* et de la responsabilité fiduciaire ; dans cette perspective,

---

<sup>44</sup> C. CHARLIER et M. RAINELLI, Hormones, Risk Management, Protection and Protectionnism. An Analysis of the Dispute on Hormone-Treated Beef between the European Union and the United States, IDEFI, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2001.

<sup>45</sup> P.-J. BENGHOZI et T. PARIS, Inciter, protéger, rémunérer... Quels droits pour quels auteurs ? rapport au Commissariat Général du Plan, mai 1997.

<sup>46</sup> A.-L. AUCOUTURIER, Évaluation des politiques d'emploi et action publique, thèse de doctorat, Université de Paris X-Nanterre.

<sup>47</sup> F. MARTY, Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur de l'électricité, Thèse de doctorat es Sciences Économiques, École Normale Supérieure de Cachan, décembre 2002.

<sup>48</sup> J.-C. PAOLI, Politique globale et développement local : une lecture institutionnaliste du développement rural sarde, Économie rurale, n° 263, Mai-juin, pp. 35-47.

<sup>49</sup> T. KIRAT, D. BAYON, H. BLANC, Maîtriser les coûts des programmes d'armement. Une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis, Paris, la Documentation française, coll. Rapports de l'Observatoire économique de la Défense, 2003.

<sup>50</sup> F. ORSI, La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis : origine et signification économique d'un dépassement de frontière, Revue d'économie industrielle, n° 99, 2<sup>ème</sup> trim. 2002, pp. 65-86.

<sup>51</sup> N. MERCURO, Toward a Comparative Institutional Approach to the Study of Law and Economics, in N. MERCURO (Ed.), Law and Economics, Boston, Kluwer Academic Publisher, pp. 1-26.

<sup>52</sup> J.R. COMMONS, Legal Foundations of Capitalism, Macmillan, New York, 1924 ; The Economics of Collective Action, Macmillan, New York, 1950.

<sup>53</sup> S. MONTAGNE, Les métamorphoses du trust : les fonds de pension américains entre protection et spéculation, thèse es sciences économiques, Université de Paris-X Nanterre, 2003 (ouvrage à paraître aux Editions Odile Jacob en 2005) ; 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. Regards sur le droit en action, L.G.D.J., coll. Droit et société, Recherches et travaux 10, 2003, pp. 53-66.

MONTAGNE situe son objet (la « *pension industry* ») dans son contexte juridique et étudie la loi ERISA, non pas sous l'angle de son contenu propre, mais sous celui de son interprétation et de sa mise en œuvre. Elle donne de la substance à un programme de recherche émergent en économie du droit, qui renoue avec la tradition pragmatiste de recherche de la signification pratique des règles.<sup>54</sup> Cette perspective se retrouve dans les travaux de MARTY (2002) sur les modes de régulation du service public de l'électricité ; son étude des conventions de l'État dans le secteur électrique le conduit à mettre en évidence les limites heuristiques des modèles normatifs de la réglementation (dans la tradition de l'économie du Bien-être) et des modèles de création du marché par les régulateurs spécialisés, pour ouvrir un chantier sur l'édification des règles et leur application en situation ; ce chantier suppose la mobilisation des *corpus* juridiques, notamment jurisprudentiels, pour saisir le va-et-vient entre l'élaboration des règles et les conditions de leur application locale.

La mobilisation des variables juridiques entendues comme élément constitutif d'une démarche scientifique est repérable dans les sciences de gestion ; en France, les travaux du Centre de recherche en gestion de l'École Polytechnique pour le Commissariat général au Plan (BENGHOZI et PARIS, 1997 et 1998 ; PARIS, 1999) sur le droit d'auteur, se développent à l'interface du droit, de l'économie et des sciences de gestion ; ils visent à élucider les processus de transformation de règles juridiques (le Code de la propriété intellectuelle et la jurisprudence judiciaire sur le droit d'auteur) en outils de gestion, en particulier dans le domaine des sociétés de perception-répartition des droits. Ils situent le droit comme une ressource de gestion, et explicitent de manière substantielle et empiriquement informée les caractéristiques de la coordination à l'œuvre dans les processus de construction et de réalisation effective des droits d'auteur.<sup>55</sup> Cette perspective est proche de celle de KIRAT, BAYON et BLANC qui situent la régulation des surcoûts des programmes d'armement dans leur contexte juridique, pour le compte du ministère de la Défense<sup>56</sup> ; ils évaluent le poids effectif des dispositifs contractuels dans la supervision des acquisitions d'armements en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis. KIRAT, BAYON et BLANC dégagent la réalité des dispositifs contractuels en les situant dans l'ensemble des règles qui définissent les cadres de la coordination des programmes d'armement, en n'étant pas dupes de l'existence formelle de contrats dans les trois systèmes étudiés ; mettant l'accent sur les mécanismes d'activation ou, au contraire, de non activation des clauses contractuelles dans l'ajustement des contrats en cours d'exécution, KIRAT, BAYON et BLANC évaluent la réalité empirique de la mise en œuvre du droit des contrats administratifs. En un certain sens, c'est là prolonger l'intuition pragmatique de Richard A. POSNER qui considère que

*« certaines promesses sont contractuelles, parce qu'exécutables (enforceable) ; mais il ne s'ensuit pas qu'elles sont exécutables du simple fait même qu'elles sont des contrats. »*<sup>57</sup>

L'accès et le traitement directs de sources juridiques primaires (législation, réglementation, jurisprudence) au service d'analyse économiques juridiquement informées sont également pratiqués par des économistes et juristes engagés dans des recherches sur des objets construits en commun ; tel est le cas des travaux réalisés au sein de l'IDEFI

---

<sup>54</sup> Ce programme est proposé par R.P. MALLOY qui milite en faveur d'une fécondation croisée entre le droit, l'économie, et la sémiologie pragmatique de PEIRCE. Dans le domaine de la Law and Economics, cette approche conduit à affirmer que : « *les préoccupations du courant law and market economy ne sont, pas, simplement, dirigées vers l'analyse économique des règles de droit, mais plutôt du contexte de marché dans lequel l'échange social s'inscrit : s'inscrit en tant que processus rendu cohérent et compréhensible en référence au droit.* » R.P. MALLOY, *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, Malloy, 2000, p. 6.

<sup>55</sup> T. PARIS, Le droit et les auteurs. La gestion du droit d'auteur en France, entre systèmes locaux et régulation globale, thèse de doctorat en gestion de l'École Polytechnique, juillet 1999.

<sup>56</sup> T. KIRAT, D. BAYON, H. BLANC, 2003, *op. cit.*

<sup>57</sup> R.A. POSNER, So What Has Pragmatism to Offer Law ?, in R.A. POSNER, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, p. 399.

(Université de Nice-Sophia Antipolis) entre certains économistes du LATAPSES et juristes du CREDECO. Ainsi, CHARLIER et RAINELLI informent empiriquement leurs travaux sur la situation des règles sanitaires décidées par l'Union européenne dans le domaine de la viande aux hormones devant l'OMC par une étude de la réalité du traitement du différend que ces mesures ont suscité entre l'UE et les Etats-Unis<sup>58</sup> ; l'investigation empirique suppose alors de situer le différend commercial dans le contexte des règles de procédure de l'Organisation mondiale du Commerce en matière de règlement des différends et d'envisager les stratégies commerciales comme mobilisant les ressources d'action et d'argumentation offertes par divers registres juridiques (relatives aux barrières non tarifaires, aux règles de gestion des risques sanitaires, ou au principe de précaution). Dans une perspective proche, les travaux de la composante « *analyse économique de la réglementation* » du CERNA (École des Mines de Paris) partagent une double préoccupation, de cadrage juridique et d'analyse empirique de problèmes de mise en œuvre de dispositifs réglementaires ; les travaux de François LÉVÊQUE et de son équipe sur la sécurité ferroviaire, l'attribution de créneaux aéroportuaires, la loi sur l'électricité, ou le procès Microsoft, sont significatifs de cette double préoccupation.<sup>59</sup>

Enfin, nous ne pouvons pas ne pas signaler l'émergence vigoureuse de thématiques de recherche pluridisciplinaire, notamment économique et juridique, au sein d'organismes de recherche publique tels que l'INRA ; l'accent mis par cet organisme sur les développements de travaux de recherche en économie rurale alimentés par des études des dispositifs juridiques rejoint des thématiques qui ont fait l'objet d'investigations intéressantes, comme celles de PAOLI sur les dispositifs juridiques de l'aménagement rural en milieu insulaire,<sup>60</sup> d'Armelle CARON et André TORRE sur les conflits d'usage dans les espaces ruraux,<sup>61</sup> d'Élisabeth THANNBERGER-GAILLARDE sur la mise en œuvre des contrats agri-environnementaux<sup>62</sup> et de Denis BARTHÉLEMY sur l'entreprise agricole et le patrimoine rural.<sup>63</sup>

Au total, si cette recension n'est pas sans soulever certaines interrogations à l'égard des méthodes adoptées par les économistes lorsqu'ils se saisissent des objets juridiques, elle démontre que les économistes, quoi qu'il en soit, ont déjà commencé à nouer un dialogue avec le droit. Mais qu'en est-il du côté des juristes ?

## **SECTION 2 : LES NIVEAUX DE DISCOURS DE LA SCIENCE JURIDIQUE SUR L'ÉCONOMIE**

---

Même conçues comme le vecteur de registres d'actions ouverts aux sujets de droit plutôt que sur le modèle de règles de conduite dont la transgression serait sanctionnée, en déterminant les comportements autorisés ainsi que les droits et obligations qui s'y rattachent, les règles juridiques influencent l'économie. Elles en modifient les coûts et s'intègrent par ce biais au calcul économique auquel se livrent les agents. On pourrait même aller plus loin et considérer que le droit, reflet d'une certaine conception des rapports sociaux, traduction objective de la nécessité sociale, détermine en retour les comportements

---

<sup>58</sup> C. CHARLIER et M. RAINELLI, 2001, *op. cit.*

<sup>59</sup> F. LÉVÊQUE, Éléments d'analyse économique du droit appliquée à la gestion des créneaux aéroportuaires en Europe, in E. QUINET (dir.), *Conférences Jules Dupuit*, 2000 (ou [www.cerna.ensmp.fr](http://www.cerna.ensmp.fr)). V. dernièrement du même auteur, Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ?, *Concurrences*, décembre 2004, pp. 103-107.

<sup>60</sup> J.-C. PAOLI, 2000, *op. cit.*

<sup>61</sup> A. CARON et A. TORRE, Conflits d'usage et de voisinages dans les espaces ruraux, in P. PERRIER-CORNET Ph. (ed), *Les espaces ruraux dans la société urbanisée: tendances d'évolution et nouveaux enjeux*, DATAR, Editions de l'Aube, 2001.

<sup>62</sup> E. THANNBERGER-GAILLARDE, Contrat agri-environnemental : un outil pour quelles coordinations ?, *Economie rurale*, n° 249, janv.-fév. 1999, pp. 34-40

<sup>63</sup> D. BARTHÉLEMY, L'économie face au jeu du droit et de la coutume en agriculture : faire face au patrimoine, in SFER (2001), *Face au droit rural et à ses pratiques. Une approche conjointe des économistes, des juristes et des sociologues*, L'Harmattan coll. « Droit et espace rural », pp. 417-434.

économiques. Ainsi des droits de nature dissemblable expliqueraient-ils la différence entre les structures économiques capitalistes et socialistes.

En ce sens, qui demeure très général, souligner la dimension économique que revêt la quasi-totalité des objets juridiques, ou bien indiquer qu'ils sont susceptibles, à titre ou à un autre, d'être rattachés à l'activité économique des entreprises, des commerçants, des collectivités territoriales, de l'État ou encore des établissements publics, voilà qui relève de l'acquis. Aussi, et afin de ne pas s'y cantonner, il nous faut énoncer à rebours l'interrogation formulée précédemment, en se posant la question de ce que le droit peut utilement tirer de l'analyse économique lorsque cette dernière se livre à l'examen des objets juridiques. En bref, il nous faut nous interroger sur les représentations de l'économie dans le discours juridique.

À ce stade, l'élan, l'enthousiasme supposé animer une telle recherche est cependant vite brisé. En effet, le constat de la rareté d'un discours du droit sur l'économie s'impose (A -). De même est-il impossible de ne pas relever les limites du droit économique lorsque est en jeu le dialogue entre les deux sciences. Le droit y déploie alors de multiples résistances destinées à préserver son intégrité, corps qui demeure imperméable à l'économie, corps autonome qui se contente de décrire la manière dont le droit positif organise le système économique (B -). Du reste, les raisons qui sous-tendent un droit pensé comme discipline autonome expliquent également les difficultés de la réception de l'analyse économique du droit chez les juristes en général, et chez les civilistes en particulier (C -). Est-il alors possible de se tourner vers le droit public ? Ce dernier, par ses particularités, nous semble prédisposé à moins de résistances dans la réception de l'analyse économique du droit (D -). Et, au sein du droit public, c'est la matière du contrat qui nous paraît aujourd'hui la plus prometteuse (E -).

## **A – LE CONSTAT : LE DISCOURS DU DROIT SUR L'ÉCONOMIE, UN BIEN RARE**

---

Que les juristes s'évertuent à penser le droit comme une matière autonome, qu'ils continuent à opposer l'ordre juridique et son caractère normatif, logique et systématique à l'ordre économique, traduction réaliste d'une répartition du pouvoir de disposition sur les biens et services économiques,<sup>64</sup> c'est ce que démonte la rareté des discours structurés du droit sur l'économie, en dehors des généralités sur leur influence réciproque. On a même pu évoquer la

*« prédominance d'une culture juridique légaliste – qui associe le droit à une construction rationnelle de normes par le législateur – [qui] conduit dans le champ des sciences humaines et sociales, à un résultat paradoxal que, en forçant le trait, [on peut définir] ainsi : une science juridique sans société côtoie des sciences sociales sans droit. Ainsi se maintient l'idée confortable – mais trompeuse – que le droit est un système clos, et que les régulations sociales se fondent sur d'autres ressorts que des ressorts juridiques. Bref, que la sphère juridique n'empiète ni sur les autres sous-systèmes sociaux (l'économie, la culture, le politique, etc.), dont la dynamique propre resterait à l'abri du monde des règles, ni sur les conduites humaines. »<sup>65</sup>*

Et il est vrai – à l'exception de quelques grands juristes convaincus de l'intérêt des rapports droit-société, et dont la production s'étend des années 1880 à 1940<sup>66</sup> –, que l'accueil timide et tardif réservé par les juristes français à l'analyse économique du droit illustre ce

---

<sup>64</sup> Pour emprunter la formule de Bruno OPPETIT, Droit et économie, in *Archives de Philosophie du Droit*, tome 37, Droit et Économie, 1992, pp. 17 et s. et spéc. p. 18.

<sup>65</sup> T. KIRAT et E. SERVERIN, Introduction. Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action, in *Le droit dans l'action économique*, CNRS Éditions, Paris, 2000, pp. 5 et s. et spéc. p. 6.

<sup>66</sup> HAURIOU, DUGUIT, SALEILLES, GÉNY ou LAMBERT.

cloisonnement. Sans pouvoir imprimer aux écrits recensés ici une cohérence particulière,<sup>67</sup> et sans prétention à l'exhaustivité, on peut relever, du côté des juristes,<sup>68</sup> un début d'intérêt pour l'analyse économique du droit dans l'ouvrage franco-anglais de droit comparé sur les fondements du contrat sous la direction de Denis TALLON et Donald HARRIS, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*.<sup>69</sup> On y trouve de nombreux renvois à l'analyse économique du droit, mais seulement sous la plume des participants anglais. La même année, un numéro spécial de la *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, sous la direction de Christian ATIAS, s'est attaché à rendre compte de l'analyse économique du droit.<sup>70</sup> L'incursion dans ce domaine s'est prolongée, au début des années 1990, avec la thèse de Muriel FABRE-MAGNAN intitulée *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*.<sup>71</sup> L'auteur tente de fonder l'obligation d'information dans les contrats à la fois sur l'analyse morale et sur l'analyse économique. Un avocat, Patrick SIMON, s'est quant à lui essayé en 1992 à une synthèse dans *La main invisible et le droit*.<sup>72</sup> 1992 est également l'année de parution d'un numéro spécial des *Archives de philosophie du droit* consacré au thème *Droit et économie*. L'exploration s'est poursuivie par une thèse publiée en 2000 à la L.G.D.J., *De la représentation en droit privé*, soutenue par Philippe DIDIER en 1997 à l'Université de Paris II, et dans laquelle l'auteur tente de mener une nouvelle analyse juridique de la représentation en droit privé en empruntant aux théories de l'agence.<sup>73</sup> Un ouvrage de 2000 également, recueil de contributions sous la direction d'une juriste et d'un économiste, Évelyne SERVERIN et Thierry KIRAT, intitulé *Le droit dans l'action économique*, s'est employé à poser les jalons d'un référentiel commun pour un dialogue réussi entre droit et économie.<sup>74</sup> Une analyse des rapports entre le droit public et l'économie au prisme de la régulation a été ensuite proposée dans un ouvrage de 2004 sur le *Droit public de la Régulation économique*, rédigé par un membre du Conseil d'État, Bertrand DU MARAIS.<sup>75</sup> Plus récemment encore, soit en 2005, a été lancée une collection, *Droit et économie*, à la L.G.D.J., dirigée par le Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, collection qui accueille des réflexions, recueil d'articles, thèses ou monographies sur des sujets tels que *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, *La responsabilité civile à*

<sup>67</sup> Pour un premier travail de collecte, v. T. KIRAT, *Économie du droit*, coll. « Repères », éditions La Découverte, Paris, 1999, pp. 50 et s. et E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit. I – Fondements*. Les Éditions Thémis, Montréal et Éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 20 et s.

<sup>68</sup> Du côté des économistes, on relèvera l'ouvrage de Jacques ATTALI et Marc GUILLAUME, *L'anti-économique*, dans lequel sont proposés quatre thèmes pour « une croissance consciente » : richesse, évolution culturelle, incertitudes et institutions politiques. L'ouvrage se présente dès l'introduction comme « une critique de la forme et du fond de l'enseignement traditionnel de la science économique », le titre ayant été choisi en référence à *L'Économique* de Paul A. SAMUELSON (2 tomes. 1980, Mc GRAW HILL Inc. pour la 11<sup>ème</sup> édition américaine d'*Economics*. 1982 ARMAND COLIN Éditeur, Paris, pour l'édition française). Concernant la forme, les auteurs s'opposent aux manuels classiques qu'ils jugent, « tristes et figés ». Sur le fond, l'enseignement de l'économie est accusé de décrire « trop souvent qu'une partie de la science économique » et de la présenter « comme une science séparable des autres sciences humaines... ». Cette critique est présentée comme une « version provisoire et un programme de travail » qui s'inspire de « l'économie radicale » américaine (en référence à l'Union of Radical Political Economy et à sa publication : *Monthly Review*). Cet ouvrage est la suite des critiques formulées par Jacques ATTALI concernant les hypothèses irréalistes du modèle d'équilibre général : absence de l'État, des groupes de pression, du progrès technique. Il ajoute : « La modélisation fructueuse en science sociale exige de nouvelles mathématiques fondées sur une réflexion originale sur les comportements réels. La théorie des jeux est un premier pas, limité dans cette voie », Hicks et Arrow, prix Nobel d'économie 1972 ont-ils été jugés sur leur vraie valeur ?, *Le Monde*, 2-3 décembre 1972. Axés davantage sur la nouvelle économie américaine, on trouve les deux ouvrages d'Henri LEPAGE, *Demain le capitalisme*. Le livre de poche, Paris, 1978 et *Demain le libéralisme*. Le livre de poche, Paris, 1980. Les articles publiés sous la responsabilité de Jean-Jacques ROSA et Florian AFTALION doivent également être mentionnés – *L'économie retrouvée. Vieilles critiques et nouvelles méthodes*, Economica, Paris, 1977 -. Depuis 1990, sous la direction de Pierre CENTI à l'Université d'Aix-Marseille III, est publiée le *Journal des Économistes et des Études humaines*.

<sup>69</sup> L.G.D.J., Paris, 1987.

<sup>70</sup> 1987-2, pp. 409-475.

<sup>71</sup> Thèse soutenue à l'Université de Paris I en 1991 et publiée à la L.G.D.J. en 1992, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 221.

<sup>72</sup> Éditions Les Belles Lettres, Paris, 1992.

<sup>73</sup> « Bibliothèque de droit privé », tome 331.

<sup>74</sup> Éditions du CNRS, Paris, 2000.

<sup>75</sup> Presses de Sciences Po/Dalloz.

*l'épreuve de l'analyse économique du droit* ou encore, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*. Enfin, vient de paraître en mai 2005 aux éditions BRUYLANT, une thèse de droit public consacrée à *L'équilibre financier des contrats dans la jurisprudence administrative*, thèse soutenue par Laurent VIDAL en mai 2003 à l'Université de Paris I. La seconde partie de ce travail, outre la recherche des fondements philosophiques et moraux de l'équilibre dans le contrat administratif, s'attache à l'analyse économique des contrats publics en sollicitant plusieurs branches de l'économie (micro-économie, économie cognitive, analyse économique du droit, etc.).

Du côté des revues, la *Revue Internationale de Droit Économique* publie depuis 1986 un certain nombre d'articles ayant trait à l'analyse économique du droit. On trouve en outre, depuis peu, une rubrique *Droit et économie* dans la revue *Concurrences*, revue récemment inaugurée. Une rubrique sera consacrée au même thème dans les *Annales de l'Institut André TUNC*, à paraître aux éditions L.G.D.J. à la fin de l'année 2005.

Au total, et bien que nous n'ayons pu citer l'ensemble des travaux examinés, ceux dont il a été fait état, et qui ont l'immense mérite d'exister, ne peuvent cependant, on le voit, faire l'objet d'une quelconque taxinomie.

Mais à ce stade, on perçoit déjà l'objection : le droit économique n'est-il pas précisément un discours du droit sur l'économie ? On peut ne pas l'estimer et considérer que le droit économique traduit encore une vision de l'économie pensée comme auxiliaire du droit.

## **B – LA RÉSISTANCE DU DROIT : L'ÉCONOMIE AUXILIAIRE DU DROIT OU COMMENT EST PENSÉ LE DROIT ÉCONOMIQUE**

On croit en effet que le droit économique, tel qu'il est présenté par la doctrine privatiste, et à quelques exceptions près,<sup>76</sup> traduit la place réservée par les juristes à l'économie. Encore rarement convaincus par la possibilité de dégager des solutions objectives en recourant à des disciplines extérieures au droit, ils se bornent, au mieux, à un début d'apprentissage d'un certain discours économique, celui qui leur paraît correspondre à leur champ de recherche. À défaut d'une initiation plus étendue et plus approfondie, l'économie demeure pour eux une science auxiliaire. Cette démarche, à la rigueur compréhensible lorsqu'il s'est agi de passer d'un stade où

*« les instruments juridiques de réalisation du système économique se trouvaient déjà contenus dans les notions fondamentales du droit privé telle que la propriété et le contrat »<sup>77</sup> à celui où se sont multipliées les « règles juridiques applicables à l'économie et parfois la prise en mains par l'État de la direction ou de la régulation de l'économie... », n'est plus scientifiquement acceptable aujourd'hui.*

Or ce statut particulier réservé par le droit privé à l'économie conditionne directement la nature du dialogue que les juristes entretiennent avec les économistes.

Pour la plupart des privatistes, en effet, le discours du droit sur l'économie ne consiste pas à identifier et à mesurer voire à quantifier la substance économique contenue dans les dispositifs juridiques étudiés, mais, plutôt, se résume à recenser les faits économiques, à décrire leur évolution afin, non seulement, de déterminer leur influence sur l'évolution du droit positif, mais, également, d'exercer un jugement sur ces faits à travers le prisme du droit. Selon un auteur, il s'agit là d'un moyen, et

*« ce moyen de ne pas porter atteinte à l'intégrité d'un droit érigé en discipline autonome a peut-être été inauguré par RIPERT dans l'ouvrage qu'il consacre en 1947 aux aspects juridiques du capitalisme moderne. L'auteur estime pouvoir contribuer aux controverses sans fin qui opposent les économistes – ceux-ci se bornant selon lui à émettre des*

<sup>76</sup> Alexis JACQUEMIN et Guy SCHRANS, *Droit économique*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris, 1974.

<sup>77</sup> B. OPPETIT, *Droit et économie*, article précité, p. 19.

*jugements de valeur sur les mérites du capitalisme – en décrivant la manière dont le droit positif l'organise, ce qui lui permet de se prévaloir du prestige de l'objectivité scientifique. Cet essai constitue donc le moyen pour les juristes de tenir le plus grand compte de l'évolution des faits économiques tout en les faisant passer sous les fourches caudines du droit. Il faut peut-être aussi y voir l'un des ouvrages précurseurs du droit économique qui constitue l'expression la plus achevée du dialogue que les juristes français entendent entretenir avec l'économie. »<sup>78</sup>*

Et le même auteur, dont nous partageons l'analyse, d'ajouter :

*« Le droit économique [...] est avant tout du droit, mais un droit qui entend prendre en considération les faits, et plus spécialement les mutations économiques des sociétés contemporaines, dans le but de les organiser. En d'autres termes, le droit économique constitue une appropriation de l'économie par le juridique. Il n'y a dans ce discours rien de neuf sur le plan méthodologique ; fondé sur une conception positiviste du droit, il se raccroche aisément à la pensée des juristes de la fin du XIX<sup>ème</sup> et de leurs successeurs immédiats qui, sans parler de droit économique, entendaient inventer un système susceptible de répondre (déjà) aux défis d'une société industrielle censée mettre à mal la philosophie du Code civil, certains auteurs allant même jusqu'à soutenir que ce système devait consister dans l'édification d'un ordre juridique corporatif. »<sup>79</sup>*

L'analyse économique du droit est-elle alors plus prometteuse lorsque les juristes s'en saisissent ? Malheureusement, outre la rareté des études déjà mentionnée, les raisons qui expliquent les rapports d'extériorité entretenus par le droit et l'économie au sein même du droit économique se doublent, en matière d'analyse économique du droit, d'une méfiance idéologique. Dit autrement, aux limites méthodologiques qui, en droit économique, président à la réception de l'économie par le droit, s'ajoute, en matière d'analyse économique du droit, une querelle dogmatique.

## **C – LA DIFFICILE RÉCEPTION CHEZ LES JURISTES DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT**

---

Pour faire bref, on peut avancer que la démarche qui anime l'analyse économique du droit se situe exactement à l'opposé du droit économique. Tentative d'appréhension du droit par l'économie, elle s'est développée selon plusieurs formes. Sans entrer ici dans les détails, on peut dire qu'en ce qui concerne les juristes français, l'analyse économique du droit est utilisée le plus souvent pour mesurer la portée économique des règles juridiques. Mais ces travaux demeurent encore minoritaires.<sup>80</sup>

En effet, on peut se demander si, encore aujourd'hui, la plupart des juristes privatistes ne demeurent pas contraints par une conception du droit au sein de laquelle prime toujours l'étude des textes. Héritiers de l'exégèse et de la devise de DEMOLOMBE, « *les textes avant tout* », ils paraissent tenir pour suspect tout ce qui, à titre ou à un autre, pourrait pervertir le droit en transformant les grands acquis qui le structurent en instruments de politique économique. L'économie devient alors le cheval de Troie d'un libéralisme assis sur un utilitarisme qui aurait pour résultat d'investir une autorité (juge ou législateur) du pouvoir de dire ce qu'est l'optimum social, d'où l'arbitraire et la contingence des choix. En réalité, cette critique, reprise de HAYEK,<sup>81</sup> a empêché ce qui aurait pu constituer la révolution réaliste française du premier tiers du XX<sup>ème</sup> siècle. Plus spécifiquement, ce qui semble bien empêcher l'analyse économique du droit de s'imposer, c'est

---

<sup>78</sup> C. JAMIN, Économie du droit, in Dictionnaire de la culture juridique, précité, p. 579.

<sup>79</sup> *Eod. loc.*

<sup>80</sup> Économie du contrat et droit administratif. L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, rapport de recherche remis à la Mission de recherche Droit et Justice, par J.-B. AUBY, T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL, La Documentation française, Paris, 2005, préface de Marceau LONG.

<sup>81</sup> Law, Legislation and Liberty, London, 1976, t. II, p. 80 et s. et 175 et s., traduction française par R. AUDOUIN, PUF, Paris, 1987.



*« une très ancienne tradition dogmatique qui privilégie l'étude des textes, mais aussi un vieux fond moraliste qui n'a jamais été favorable à l'économie. Cette tradition est d'ailleurs aujourd'hui valorisée par un courant de pensée très actif parmi les juristes (...) ceux qui s'en prévalent insistent en particulier sur ce qu'ils estiment être la portée anthropologique du droit, ce qui les amène à privilégier l'étude d'une histoire de la longue durée, celle de la construction du droit civil (au sens de civilisation) héritée du droit romain, dont il est en quelque sorte admis qu'elle aurait su instituer les individus et les rapports qu'ils entretiennent en forgeant des catégories juridiques à peu près immuables. Dans cette optique fortement teintée de jusnaturalisme, l'analyse économique du droit ne pouvait être dénoncée et combattue, car elle constituerait des instruments de décivilisation du droit français. »<sup>82</sup>*

Cette méfiance a été encore alimentée par la perspective épistémologique de certains partisans de l'analyse économique du droit enclins à réduire l'ensemble des phénomènes juridiques à des facteurs et à une visée strictement économiques. En ce sens, Benoît FRYDMAN indique que ces auteurs

*« sont amenés à nier, ou du moins à occulter, toute forme d'autonomie du droit et, au-delà encore, toute autonomie du politique. De plus, la dimension spécifiquement normative de la règle de droit est perdue et remplacée par une approche purement factuelle en termes d'incidence. La norme juridique n'est plus alors envisagée que de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques, tels que la maximisation des richesses ou l'allocation optimale des ressources. L'ordre juridique dans son ensemble est placé sous la dépendance fonctionnelle du système économique. La réglementation juridique apparaît désormais comme un sous-ensemble inclus dans l'ensemble plus large des mécanismes de régulation du système économique. »<sup>83</sup>*

Que cette conception ait pu prospérer au sein notamment d'organisations internationales, cela ne fait guère de doute, ainsi qu'en témoigne le programme de la Banque Mondiale 'Doing Business'. Reste, on l'a montré, que les études qui se réclament de l'analyse économique du droit ne peuvent s'y résumer. De surcroît, c'est tout l'enjeu de la clarification des notions ainsi que de l'établissement d'une méthode et de référentiels communs que de promouvoir une autre approche de l'analyse économique du droit. À nos yeux, la première étape consiste à puiser dans le savoir économique les outils qui autorisent à valider les mécanismes mis au point par le droit ou à asseoir plus scientifiquement ce qui relève davantage chez les juristes de l'intuition que de la démonstration. Ainsi des travaux précités qui empruntent à l'économie pour mener l'analyse juridique de la représentation en droit privé, de l'obligation d'information dans les contrats privés ou encore de l'équilibre financier dans les contrats publics.

Devant cette réserve qui persiste chez les privatistes, peut-être pouvons-nous alors nous tourner vers le droit administratif. Celui-ci, moins par la masse des travaux au croisement du droit et de l'économie que par ses particularités, nous semble enclin à moins de résistances dans la réception de l'analyse économique du droit.

## **D – LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT PUBLIC**

---

Avant même d'évoquer la capacité du droit public à recevoir l'analyse économique du droit, et sans vouloir renvoyer à une distinction assez contestable entre droit public et droit privé en matière économique,<sup>84</sup> on peut toutefois se poser la question de la spécificité

---

<sup>82</sup> C. JAMIN, *op. cit.*, p. 580.

<sup>83</sup> B. FRYDMAN, Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes, in Le droit dans l'action économique, *op. cit.*, pp. 25-41 et spéc. p. 27. V. également A. PIROVANO, Justice étatique, support de l'activité économique, *Justices*, janvier-juin 1995.

<sup>84</sup> V. G. VEDEL, Le droit économique existe-t-il ?, in Mélanges Vigreux, 1981, pp. 767 et s.

du droit public économique par rapport au droit économique décrit plus haut et cultivé par les privatistes. On commencera alors par rappeler l'analyse de Jean-Jacques SUEUR qui, dans sa recherche sur la genèse du droit économique en France, souligne que le droit économique est né avec la « *conquête par le juriste théoricien de son autonomie...* » lorsque celui-ci a su résoudre la crise d'identité qui affecta la doctrine juridique de l'immédiat après-guerre. En effet, à cette époque, « *c'est dans la technique juridique positive, (...) dans le droit légiféré, jugé (...) que les auteurs (...) [entendaient] trouver (...) les réponses aux questions qu'ils se [posaient].* » Dès lors, le « *droit économique apparaît lorsque (...) le juriste désormais détenteur autorisé d'une doctrine (...) – étudier le droit n'équivaut pas à faire le droit – (...), s'aventure à émettre des "hypothèses" et à formuler des "lois" sur le fonctionnement du système juridique...*»<sup>85</sup>

À la lumière de ces propos, et bien qu'ils traduisent selon nous une vision très optimiste de l'appréhension par doctrine privatiste de la substance économique des dispositifs juridiques, la question pour le droit public devient alors aisée à énoncer : la doctrine administrative est-elle parvenue à se détacher du droit légiféré, jugé ? La réponse à cette question, si l'on veut lui donner un sens, implique la prise en compte de la spécificité de la jurisprudence administrative. La réponse à cette question doit en effet emprunter la voie d'un constat préalable : celui de la spécificité de la jurisprudence administrative. Or cette spécificité, qui doit inciter à la plus extrême prudence, amène à son tour à reformuler de la sorte la question posée : compte tenu de la forte particularité du rôle du juge administratif dans la formation de la jurisprudence, le processus « *d'autonomisation* » qui a présidé à la naissance du droit économique est-il transposable en droit public économique ? À quoi l'on doit ajouter que très tôt, très peu de secteurs économiques ont échappé à l'attention du Conseil d'État (travaux publics, mines, assurances, banques, chemins de fer, sociétés anonymes, contrats publics, etc.), ce qui permet à un auteur de parler de « *régulation économique* » dès cette époque.<sup>86</sup>

Aussi, et pour reprendre les termes d'un autre auteur,

« *entre le juge administratif et l'économie, la cloison n'a jamais été étanche. Le juge a toujours mené un travail discret d'annexion des activités économiques [...] : annexion progressive de certains contentieux des services publics industriels et commerciaux, des assurances sociales, des ordres professionnels, etc.* »<sup>87</sup>

Ce mouvement a été du reste renforcé depuis une vingtaine d'année par le climat libéral ambiant dont témoigne en particulier le développement du droit de la concurrence. On ne s'étonnera donc pas de voir le Conseil d'État s'inspirer directement dans ses considérants de l'analyse économique ainsi qu'en atteste sa décision récente du 20 juillet 2005 relative à des opérations de concentration.<sup>88</sup>

Surtout, du côté de la doctrine publiciste, on ne trouve aucune trace durable et structurée d'une crainte idéologique manifestée à l'égard de l'économie. Tout au contraire, pour de grands auteurs tels que Maurice HAURIU ou Léon DUGUIT, les interactions entre le droit et l'économie sont pensées sur le mode d'une influence réciproque naturelle sans que l'un ou l'une annexe l'autre.<sup>89</sup> À cet égard, la manière de concevoir le rapport aux textes, qui diffère très largement des postulats privatistes, n'est pas indifférente. Pour Léon DUGUIT,

---

<sup>85</sup> J.-J. SUEUR, Droit économique et méthodologie du droit, contribution aux Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, 1999, Éditions Frison-Roche, Paris pp. 291 et 292.

<sup>86</sup> F. MONNIER, L'innovation au Conseil d'État, Revue administrative, n° spécial, 1999, p. 24. Pour ce rôle de « *régulateur économique* » partagé également par les conseils de préfecture, v. J. LÉGER, *ead. loc.*, p. 108.

<sup>87</sup> C. BRÉCHON-MOULÈNES, La place du juge administratif dans le contentieux économique, AJDA, n° 9, 2000, septembre 2000, pp. 679-686 et spéc. p. 680.

<sup>88</sup> CE, 20/07/2005, Société Fiducial Informatique, Société Fiducial Expertise, req. n° 279180, concl. E. GLASER, décision à publier au recueil Lebon.

<sup>89</sup> V. M. WALINE, Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon DUGUIT et Maurice HAURIU, L'Année Politique française et étrangère, novembre 1929, n° 16 et mars 1930, n° 17.

« La loi est un document pour le juriste [...] Cela veut dire, d'abord, que les droits de libre critique du juriste demeurent intangibles, qu'il ne doit pas voir dans un texte de loi une règle de droit parce que ce texte est la loi... »<sup>90</sup>

Partant, et pour toutes ces raisons, on croit le rapport d'extériorité entre le droit et l'économie moins accentué en droit public qu'en droit privé lorsqu'il est question de droit économique. Pour preuve de cette combinaison précoce entre droit public et droit économique, il suffira d'évoquer la théorie de l'imprévision, inaugurée par le Conseil d'État dans son célèbre arrêt de 1916, « *Gaz de Bordeaux* », laquelle n'a pas été, loin s'en faut, sans conséquences sur les rapports entre compagnies concessionnaires et collectivités concédantes. Le professeur Hubert CHARLES n'hésite d'ailleurs pas à écrire que « *Théoriquement le concessionnaire assume un service public à ses risques et périls. Or le droit positif a commencé par admettre, au nom du principe de continuité, la prise en charge de l'aléa économique par le concédant, donc par le contribuable ; c'est la théorie de l'imprévision* ». <sup>91</sup>

Pour autant, et à un stade plus avancé, c'est-à-dire au-delà du simple constat de la réception par la règle de droit des réalités économiques, le discours économique a-t-il pénétré le droit public ? Autrement dit, peut-on identifier en droit public les prodromes d'une analyse économique du droit ?

La réponse est nuancée. Ce qui nous apparaît assez clairement, toutefois, c'est que le juge administratif, en forgeant les outils destinés à l'élaboration de sa jurisprudence, a rejoint sur certains points les interrogations des économistes et les remèdes qu'ils ont proposés. Si cette conjonction devait être illustrée, le domaine des contrats publics nous semble le plus représentatif des progrès du droit administratif en direction d'une interaction avec l'économie. À cet égard, les recherches menées sur la répartition du risque dans le contrat,<sup>92</sup> ou sur son équilibre,<sup>93</sup> ont donné l'occasion de souligner les vertus pour les contrats publics de la science économique. De quelle manière ?

## **E – L'ÉPREUVE DES CONTRATS PUBLICS**

Pour résumer et pour simplifier, on peut avancer que le droit des contrats, en droit public, s'est construit différemment qu'en droit privé. C'est qu'en effet, les membres de la Haute juridiction administrative ont très tôt répondu aux troisième et quatrième des dix commandements qui forment le réalisme juridique, à savoir, en premier lieu, que l'étude du droit doit être induite de la réalité et non déduite des postulats théoriques et, en second lieu, que l'étude du droit ne saurait être détachée de celle des phénomènes économiques et sociaux, politiques et culturels qui l'induisent.<sup>94</sup> Les raisons et les modalités de cette approche économique cultivée par les membres du Conseil d'État relèvent de plusieurs ordres : technique, méthodologique, sociologique et culturel. En particulier, le juge administratif a très promptement importé, en droit des contrats plus spécifiquement, de nombreux concepts empruntés à d'autres matières, et aux sciences dures en priorité : le hasard, l'incertitude, le prévisible, l'imprévisible, le surmontable, l'insurmontable, le raisonnable, la confiance, etc., autant de standards reliés aux faits de l'espèce, grille de

<sup>90</sup> Traité de Droit constitutionnel, 3<sup>ème</sup> éd., tome I, éd. de Bocard, Paris, 1927, pp. 174-175.

<sup>91</sup> H. CHARLES, Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ?, contribution aux Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, p. 117, 1999, Éditions Frison-Roche, Paris.

<sup>92</sup> V. le rapport précité pour la Mission de recherche Droit et Justice, réalisé par J.-B. AUBY, T. KIRAT, F. MARTY et L. VIDAL sur l'Économie du contrat et droit administratif. L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public.

<sup>93</sup> V. L. VIDAL, thèse précitée.

<sup>94</sup> C. CHAMPAUD, Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit, contribution aux Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, p. 95, 1999, Éditions Frison-Roche, Paris.

lecture utilisée également par la science économique. Ainsi a-t-il opéré la révolution réaliste que n'ont fait qu'esquisser les privatistes.

Plus précisément, on a pu démontrer que juristes et économistes, chacun en leurs termes, se rejoignent pour diagnostiquer et prévenir ou sanctionner certains comportements au sein du contrat. Encore une fois, et à cet effet, chacune des disciplines a usé de concepts puisés dans un référentiel scientifique commun. Mais l'une et l'autre les ont fait à leur main, et l'on sait à cet égard que le développement de l'analyse mathématique chez les économistes a accentué cette impression de langages aujourd'hui étrangers l'un à l'autre.

Mais peu importe. On est parvenu à montrer, en effet, que bien que le contrat administratif permettait d'étudier les conditions de l'accord entre deux ou plusieurs personnes et de rechercher pourquoi la relation était durable, il achoppait sur un point essentiel : il lui est quasiment impossible de certifier à lui seul l'effectivité des engagements sans appel à un tiers extérieur. L'Administration contractante, par le biais des procédures de mise en concurrence, tente bien de s'assurer d'une équivalence, si possible la plus stricte, entre la rémunération ou le prix prévu au contrat et l'obligation de moyens ou de résultats qui en découle. À cette première équivalence correspond une seconde équivalence entre les obligations contractées par l'entrepreneur ou le délégataire et la réalisation de l'objet du contrat, travail public et/ou gestion du service public. Par ses pouvoirs de surveillance, de direction, de sanction ainsi que de modification unilatérale, la puissance publique tente de promouvoir également une étroite correspondance entre le produit fini et les obligations contractées. Reste que quels que soient les outils à sa disposition, ils se révèlent souvent insuffisants à la garantir non seulement contre les aléas externes de type économique ou climatique, mais encore et surtout contre les aléas liés à son incapacité à mesurer la qualité du travail et de l'effort consenti par son partenaire. Rien ne certifie à l'Administration que celui-ci se conformera strictement à ses attentes.<sup>95</sup> Outre qu'une telle distorsion est condamnable en tant qu'elle témoigne d'un contrat sous optimal, elle est contraire à l'objectif d'une saine gestion des deniers publics. Ces difficultés, identifiées par les économistes, tiennent principalement à la rationalité limitée des agents, à leur opportunisme et à la gestion du risque dans le contrat. On les retrouve dans la jurisprudence de la Haute juridiction. Les connexions entre l'économie et le droit ou la pratique des contrats administratifs sont donc nombreuses lorsqu'il s'agit d'identifier les obstacles à la pérennité d'une coordination et d'une coopération contractuelle.

Bien évidemment, ces obstacles ont conduit à imaginer plusieurs réponses. Là encore, et de manière significative, les solutions apportées par la science économique pour lever les obstacles que rencontre toute tentative de maintien de la coordination nourrissent une forte parenté avec les solutions retenues par les juges et les praticiens du contrat public. L'encadrement de la rationalité limitée, de l'opportunisme et du risque passe en effet par trois types de réponses : l'aide à la décision, la prévention et la sanction de l'opportunisme ainsi que l'assurance contre le risque. Or ces mécanismes sont là aussi nettement identifiables dans la jurisprudence et la doctrine administratives. Nombre de règles qui guident et encadrent les acteurs au contrat peuvent en effet être interprétées en termes d'aide à la décision des acteurs, de lutte contre leur opportunisme et d'assurance d'une juste harmonie entre risque et profit.

L'élaboration, ou du moins l'identification d'outils dont la substance est commune au droit et à l'économie, nous semble en conséquence indispensable, car il n'est pas certain, à l'avenir, que le saut épistémologique à opérer ne soit pas plus substantiel. En outre, cette approche commune permettra d'abolir certains réflexes de méfiance réciproque. En effet, si le dernier état des recherches en économie principalement, mais également en sociologie

---

<sup>95</sup> M. MOUGEOT et F. NAEGELEN notent : « Toutes les transactions étant toutefois régies par le même ensemble de règles juridiques, on peut s'interroger sur la capacité des différentes procédures à réaliser une allocation efficace des fonds publics et en particulier sur leur aptitude à faire apparaître un prix conforme aux véritables coûts et minimisant le coût d'approvisionnement. », *Analyse microéconomique du Code des Marchés Publics*, *Revue économique*, vol. 39, n° 4, 1988, p. 726 et s. et spéc. p. 728.

économique, en psychologie cognitive, ou en encore en philosophie logique est fructueux, il nécessite un appareillage intellectuel dont le caractère opérationnel pour le droit peut encore prêter à discussion. Si cette perspective est séduisante, il est vrai, cependant, que cette approche croisée entre le droit et l'économie n'est pas sans obstacles. Elle risque pour tout dire de heurter une communauté scientifique qui, on peut le comprendre, craigne que ce croisement relève de l'artifice. Au reste, l'un des meilleurs moyens de ne pas alimenter cette méfiance consiste, dans le mouvement du droit vers l'économie, à éviter les obstacles rencontrés par les économistes dans leur appréhension du droit. Ainsi, et en particulier, alors que les publicistes en sont encore à chercher dans le savoir économique une grille de lecture, ou plus précisément un donné qu'ils s'abstiennent de discuter pour se borner à le mettre en œuvre dans le discours par le biais de la technique, il s'agit aujourd'hui pour eux de passer à l'étape suivante, qui est celle de la critique ou tout du moins de l'adaptation de la dogmatique économique à leurs besoins. L'économie n'est pas une science neutre, de pure objectivité.

On ne voudrait toutefois pas laisser croire que la jonction entre le droit des contrats publics et l'économie demeure encore à l'état de modèles théoriques. En s'appuyant sur des résultats cette fois-ci entérinés de longue date par la science économique, on a pu montrer ailleurs comment leur prise en compte était susceptible de modifier, en certains cas, l'angle de perception du juge.<sup>96</sup> À cet égard, le déplacement du centre de gravité du débat vers la question des modes de gestion et donc des modalités propres à favoriser la relation partenariale est significatif. Dans cette hypothèse, la rigidité de la règle de droit, règle de droit à l'évidence néanmoins indispensable, doit le céder à l'aménagement optimal de la relation contractuelle, au bénéfice, y compris, des usagers et/ou des contribuables.

Arrivés à ce point, nous nous proposons d'ébaucher des perspectives pour un dialogue interdisciplinaire, en défendant la thèse que l'analyse économique permet de renouveler un certain nombre de questionnements juridiques sur le droit, entendu comme opérateur économique.

### **SECTION 3 : ÉBAUCHE DE PERSPECTIVES PLURIDISCIPLINAIRES**

Les mutations de la régulation juridique invitent en effet à réhabiliter le recours à l'économie, en surmontant l'association héritée du passé, malheureusement entretenue de nos jours, entre l'économie du droit, les valeurs du marché et un libéralisme parfois débridé<sup>97</sup>. Nous entendons défendre l'idée qu'une grille de lecture économique du droit, jointe à une sensibilité pour l'analyse du fonctionnement des dispositifs juridiques, peuvent constituer des moyens de renouveler, lorsque besoin s'en fait sentir, l'appréhension du droit.<sup>98</sup> À cette fin, quatre voies nous semblent se dessiner.

---

<sup>96</sup> Voir thèse précitée, L'équilibre financier des contrats dans la jurisprudence administrative, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2.

<sup>97</sup> T. KIRAT, L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit, in L'ordre concurrentiel (Mélanges PIROVANO), Editions Frison-Roche, 2003 ; H. MUIR-WATT, Les forces de résistance, *op. cit.*

<sup>98</sup> Voir, en ce sens, Christophe JAMIN qui reconnaît que : « *étudier le droit positif sous l'angle de l'analyse économique ou mesurer empiriquement l'impact de certaines décisions de la Cour suprême, en privilégiant toujours l'analyse des conséquences sur l'étude du droit EN SOI, ont permis d'améliorer la qualité du débat juridique aux États-Unis.* », C. JAMIN, Un modèle original : la construction de la pensée juridique française, B.I.C.C., n° 596, 15 avril 2004 ; Marcel FONTAINE estime quant à lui que « *À condition d'être (...) intégrée dans un ensemble de paramètres et de tenir compte de la hiérarchie des valeurs, l'approche économique nous paraît mériter plus d'attention de la part des civil lawyers, notamment dans le domaine de l'inexécution des contrats.* », Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé, sous la direction de Marcel FONTAINE et Geneviève VINEY, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, tome XXXII, Bruylant (Bruxelles) et L.G.D.J. (Paris), 2001, p. 1087.

## **A – L’APPRÉHENSION DU DROIT COMME OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE**

---

Le droit privé comme le droit public doivent être en effet pensés comme des opérateurs économiques : ils définissent les conditions dans lesquelles des relations économiques sont organisées, régulées, le cas échéant réglées par les tribunaux judiciaires ou administratifs. Les dispositifs juridiques du droit des contrats privés ou administratifs, de la responsabilité civile, de la propriété, de la procédure civile ou administrative, mais également les règles d’interprétation des contrats litigieux ou, plus généralement, la jurisprudence judiciaire ou administrative, sont autant de domaines dans lesquels des acteurs situent leurs relations économiques et se livrent à des anticipations. L’attente des acteurs vis-à-vis de leur cocontractant ou de la position des tribunaux dans le cas d’un éventuel contentieux, donne aux relations juridiques la dimension d’une matrice de la coordination économique.

De ce point de vue, les enseignements de l’école du réalisme juridique américain des premières décennies du XX<sup>ème</sup> siècle méritent d’être pris en considération. En effet, les juristes comme le juge HOLMES ou les professeurs de droit LLEWELLYN, CARDOZO ou HALE, ont été attentifs à la question du fonctionnement économique du droit privé des États-Unis : leur sensibilité pour les effets pratiques, économiques ou sociaux, des dispositifs juridiques, a été à l’origine du renouvellement de la doctrine et de l’intégration de considérations économiques en son sein.<sup>99</sup>

## **B – L’ÉVALUATION DU DROIT**

---

L’évaluation de la législation, de la réglementation en vigueur et des règles jurisprudentielles est une question récurrente dans la doctrine. Nombreuses sont en effet les interrogations des juristes portant sur les conséquences économiques du droit positif ou des décisions judiciaires. Or l’évaluation des effets réels ou probables de la règle constitue un domaine dans lequel les économistes ont peu investi, ou alors de manière uniquement formelle et théorique.

Dans ce domaine, les économistes sont détenteurs de savoirs techniques, par leur maîtrise des outils d’analyse quantitative, statistique ou économétrique. Malheureusement, lorsque les évaluations économiques portent sur des domaines dans lesquels la dimension juridique est présente (comme la loi relative à la réduction du temps de travail, la réglementation du SMIG ou la sanction pénale de la consommation de substance illicites), les économistes, peu au fait de la complexité de la mise en œuvre des dispositifs juridiques, conçoivent les textes législatifs comme des énoncés essentiellement performatifs : les textes législatifs ou réglementaires font advenir, dans la réalité, les normes qu’ils contiennent. Cette conception, qui est davantage un *a priori* que le produit d’une théorisation, revient à faire du monde du droit un ensemble de normes impératives et de commandements qui seront confrontés à la réalité économique.

Aussi, dans cette sphère de l’évaluation des effets économiques ou sociaux du droit, des progrès notables pourront être effectués à condition qu’économistes et juristes coopèrent étroitement : si ces derniers peuvent apporter une vision plus riche et précise de la nature des énoncés juridiques, les premiers peuvent apporter leurs compétences techniques qui seront d’autant plus utiles que l’attention sera focalisée sur l’observation des processus de mise en œuvre du droit. Mais cela exigera de la doctrine qu’elle porte un regard plus large

---

<sup>99</sup> C. JAMIN, 2004, Un modèle original : la construction de la pensée juridique française, *op. cit.* On peut aussi se reporter à R. COTTERRELL, The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy, University of Pennsylvania Press, 1989, notamment pp. 182 à 209. On peut également signaler l’accueil enthousiaste réservé par Karl LLEWELLYN à la publication par l’économiste John R. COMMONS de son ouvrage Legal Foundations of Capitalism en 1924. V. K. LLEWELLYN, The Effects of Legal Institutions Upon Economics, Am. Eco. Rev., vol. 15 N° 4, Déc. 1925, pp. 665-683 : « ça a été un choc de découvrir que le droit n’est pas un obstacle, mais un outil ; pas un frein, mais un lubrifiant ; pas seulement conditionné par la vie économique, mais conditionnant lui-même la vie économique. », p. 665.

sur les règles, et soit attentive à ce que le comparatiste Édouard LAMBERT appelait naguère les « *facteurs extrajudiciaires* » de la mise en œuvre du droit : la pratique administrative, les pratiques notariales, des entreprises et des organisations professionnelles, etc.<sup>100</sup> Dans ce domaine, la coopération entre juristes et économistes sera d'autant plus fructueuse qu'elle reposera sur une vision sociologique du droit, attentive à la mise en œuvre des règles, dans un cadre dynamique et vivant.

### **C – POURSUIVRE LE RENOUELEMENT DES APPROCHES DE LA DOCTRINE PAR L'INTÉGRATION DE GRILLES DE LECTURE ÉCONOMIQUE**

---

Le renouvellement des approches de la doctrine, excessivement casuistique et formaliste, est une question maintenant posée tant par les juristes privatistes<sup>101</sup> que par les juristes administrativistes<sup>102</sup>. De nouvelles questions et des problématiques originales apparaissent : le droit du contrat administratif permet-il de concilier la nécessaire coopération entre personnes publiques et personnes privées et la maîtrise des prix des marchés publics ? Le partage des risques dans le contrat administratif est-il efficace d'un point de vue économique ? Les remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles doivent-ils être étudiés d'un strict point de vue juridique, ou en intégrant une appréciation plus fine des circonstances et des effets économiques des solutions envisageables ? Dans quelles circonstances est-il opportun de mettre en œuvre des clauses pénales dans les contrats ? La liste de ces questions pourrait être allongée, mais en nous tenant à quelques exemples, nous pouvons faire le constat de l'émergence de nouvelles problématiques dans la doctrine.

À cet égard, le recours à la coopération avec des économistes peut se révéler en ce domaine d'une grande utilité, dans la mesure où un certain nombre de questions, de concepts et de catégories d'analyse peuvent contribuer à ce renouvellement en cours de la doctrine. Par exemple, dans le domaine du droit du contrat, l'utilisation des notions économiques d'aléa moral, de sélection adverse ou d'asymétrie informationnelle, constitue un moyen de sensibiliser la doctrine aux questions de comportement des acteurs du contrat en asseyant sur de nouvelles perspectives l'exigence de bonne foi au sein du contrat ou encore la nécessité d'assurer l'équilibre des obligations qu'il cristallise.<sup>103</sup>

### **D – PROGRESSER VERS UNE MEILLEURE COMPRÉHENSION DU FONCTIONNEMENT DU DROIT POSITIF**

---

Mieux comprendre le fonctionnement empirique du droit positif est désormais une question centrale. Comme indiqué précédemment, il est utile de se poser à nouveau les questions de la théorie juridique nord-américaine des premières décennies du XX<sup>ème</sup> siècle, avec la *Sociological Jurisprudence* et le Réalisme juridique. Les économistes peuvent contribuer à cette entreprise en réalisant les études empiriques appropriées sur le fonctionnement du droit positif, études qui permettent d'éclairer la doctrine mais aussi le législateur ou les responsables de l'action administrative.

---

<sup>100</sup> E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard et Brière, 1921, p. 256.

<sup>101</sup> P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », Paris, 2004.

<sup>102</sup> J.-B. AUBY, La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, Études, 20 novembre 2001, pp. 924 et s. ; L. RAPP, Les progrès de l'analyse économique des contrats publics. Le risque d'exploitation dans les délégations de service public, *BJCP*, Mars 2000. V. également Martine LOMBARD, De Colbert à Posner : malentendus sur l'économie du droit, *International Law-FORUM du droit international*, 6, 2004, pp. 81-87.

<sup>103</sup> En ce sens, v. L. VIDAL, *L'équilibre financier des contrats dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, pp. 1027 et s.

Mais c'est aussi le cas avec la sociologie empirique du droit, à condition qu'elle change de perspective : qu'elle s'attache plus au fonctionnement social du droit qu'à de prétendus écarts entre la règle et la pratique.

Pour les économistes, l'enjeu consiste à mieux comprendre la dimension juridique de leur objet et si cette dimension économique est importante et pertinente.

En bref, il s'agit pour les uns comme pour les autres de saisir les enjeux économiques du changement juridique, des innovations institutionnelles. À cet égard, les problématiques juridiques et économiques qui commandent au développement des partenariats public-privé nous paraissent constituer un excellent terrain d'étude.

## REMARQUES CONCLUSIVES

---

Les travaux qui se situent à la frontière du droit et de l'économie ne sauraient être distingués ou faire l'objet d'une appréciation en référence aux cadres paradigmatiques traditionnellement utilisés en science économique, notamment ceux qui opposent les méthodes individualistes aux approches holistes. Il nous semble que les lignes de fracture qui se forment dans l'expérience touchent davantage à une opposition entre formalisme et réalisme : ces options recourent, techniquement, à une divergence **sur** les sources juridiques mobilisées, secondaires (en référence à des écrits doctrinaux), ou primaires (produites et interprétées par l'analyste, avec ou sans le concours de « *techniciens du droit* »).

Il existe donc deux types de microéconomie du droit ou d'analyse institutionnelle, l'une davantage axée sur une approche formelle, l'autre qui fait le choix de l'exploitation de sources empiriques.

Aussi est-il remarquable de voir se développer en France des travaux de recherche pluridisciplinaires qui, tout en ne se signalant pas dans le champ de l'économie du droit, renforcent les analyses économiques par une densification de leur ossature juridique ; cette évolution est notable. Elle témoigne de la pertinence d'une incorporation du juridique comme élément constitutif de la recherche économique appliquée, et semble apte à répondre à la demande sociale exprimée par le décideur public. Cela nous invite à espérer que l'époque de la négligence des concepts juridiques est révolue, et que les économistes ne reproduiront pas la pratique des économistes classiques vis-à-vis du droit, qu'un juriste et économiste de Harvard, Duncan KENNEDY, caractérisait en ces termes :

*« [les économistes classique] ont pris comme une donnée le fait que "propriété" et "contrat" étaient des termes tellement évidents (self-defining) qu'ils n'avaient pas besoin de davantage d'explication »,<sup>104</sup> alors que les juristes réalistes « [...] nous ont appris que "propriété" est un terme extraordinairement vague. Le concept ne donne par lui-même aucune indication sur quels types de choses peuvent être "objet" de la possession (ownership), pas plus que sur les droits, les pouvoirs, les privilèges et les immunités (immunities) qui vont avec la possession. La propriété est un domaine pour une variété presque infinie d'ensemble de "paquets de droits" (bundles of rights). Ce qui peut être fait avec ces paquets est une décision juridique. »<sup>105</sup>*

En conclusion, la diversité des voies d'entrée dans l'étude du juridique est sans nul doute une richesse de l'analyse économique ; la pluralité des formes de traitement des variables juridiques l'est également. Il est néanmoins d'une grande importance que les différents niveaux de discours sur le droit que nous avons rencontrés précédemment soient assumés comme tels. La spécificité des objets juridiques, étroitement liés à la conduite de l'action publique, et de celles des institutions sur le monde réel, nous commande prudence et

---

<sup>104</sup> D. KENNEDY The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetichism of Commodities, *American University Law Review*, 34, 1985, p. 950.

<sup>105</sup> D. KENNEDY, 1985, *op. cit.*, p. 951.



modestie : prudence par ce qu'il s'agit d'objets dont le maniement est loin d'être aisé, modestie du fait qu'il serait aventureux de procéder à des théorisations générales de la qualité des règles et des institutions juridiques.

## **PLAN DE L'ÉTUDE**

### **INTRODUCTION**

#### **SECTION 1 : LES NIVEAUX DE DISCOURS DE LA SCIENCE ÉCONOMIQUE SUR LE DROIT**

**A** – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DE CONCEPTS JURIDIQUES

**B** – LA VALIDATION D'ANALYSES ÉCONOMIQUES PAR LA CONVOCATION DE LA DOCTRINE

**C** – L'ANALYSE ÉCONOMIQUE EMPIRIQUE DE DONNÉES JURIDIQUES

**D** – LE RECOURS À L'OBSERVATION DU DROIT EN ACTION, NOTAMMENT LA PRODUCTION JURISPRUDENTIELLE

#### **SECTION 2 : LES NIVEAUX DE DISCOURS DE LA SCIENCE JURIDIQUE SUR L'ÉCONOMIE**

**A** – LE CONSTAT : LE DISCOURS DU DROIT SUR L'ÉCONOMIE, UN BIEN RARE

**B** – LA RÉSISTANCE DU DROIT : L'ÉCONOMIE AUXILIAIRE DU DROIT OU COMMENT EST PENSÉ LE DROIT ÉCONOMIQUE

**C** – LA DIFFICILE RÉCEPTION CHEZ LES JURISTES DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

**D** – LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT PUBLIC

**E** – L'ÉPREUVE DES CONTRATS PUBLICS

#### **SECTION 3 : ÉBAUCHE DE PERSPECTIVES PLURIDISCIPLINAIRES**

**A** – L'APPRÉHENSION DU DROIT COMME OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

**B** – L'ÉVALUATION DU DROIT

**C** – POURSUIVRE LE RENOUVELLEMENT DES APPROCHES DE LA DOCTRINE PAR L'INTÉGRATION DE GRILLES DE LECTURE ÉCONOMIQUE

**D** – PROGRESSER VERS UNE MEILLEURE COMPRÉHENSION DU FONCTIONNEMENT DU DROIT POSITIF

#### **REMARQUES CONCLUSIVES**