

COUR D'ECONOMIE DU DROIT

Pierre Kopp

PREAMBULE : QUE FAIT L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT ?

L'analyse économique du droit (AED) est un mouvement interdisciplinaire qui aborde le droit à partir de la méthode et des concepts de la science économique. L'AED s'attache à une vision dynamique du droit dans lequel la sphère juridique est mise en relation avec la sphère sociale. La présupposition à la base de l'AED est que le droit influence les comportements humains, mais aussi que les comportements humains influencent le droit. L'AED offre une théorie comportementale, soit le modèle du choix rationnel, pour comprendre comment les individus réagissent face à une règle de droit ou à l'occasion d'un changement législatif. Dans la conception économique, la sanction juridique est considérée comme un prix implicite qui incite les individus à se comporter d'une certaine manière plutôt qu'une autre (à faire des substitutions). L'AED peut aider le juriste à accomplir quatre tâches : 1) identifier les risques de dérapage dans les interactions ; 2) mettre au jour la raison d'être d'une institution juridique; 3) prédire les effets d'une règle de droit ou d'un projet de loi; 4) aider les décideurs, à partir de la norme d'efficacité, à poser des jugements normatifs éclairés.

OBJECTIFS

Le but du cours est de donner à l'étudiant une connaissance de base de l'analyse économique du droit. L'étudiant peut s'attendre à acquérir les aptitudes suivantes :

- 1 – Pré-requis. Maîtriser la méthode économique et savoir appliquer un ensemble de concepts économiques, tels que rareté, coût d'opportunité, externalité, bien collectif, coûts de transaction, risque moral, anti-sélection, resquillage, comportement opportuniste;
- 2 - Déterminer les principaux effets prévisibles d'une règle juridique;
- 3 - Dans une optique économique, expliquer les fonctions et les traits essentiels de certaines institutions juridiques, tels la propriété, le contrat, la responsabilité civile;
- 4- Développer son sens critique, par exemple en montrant les effets pervers engendrés par une règle juridique ou en montrant que la solution retenue pour contrer un problème d'interaction n'est pas efficace;
- 5- Résoudre un problème factuel en utilisant la méthode et les concepts de l'analyse économique du droit.

CHAPITRE 1 – METHODE DE L'ECONOMIE DU DROIT

I - INTRODUCTION

Le Droit n'est pas un gadget que l'homme peut façonner à sa guise. Les citoyens ne restent pas passifs devant la modification des règles auxquels ils sont assujettis. Le changement de règles conduira chacun à se demander s'il doit *adapter* son comportement et, dans l'affirmative, dans quel sens.

Car la règle de droit *ne contrôle pas directement le comportement* des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions. Ils restent *libres de réagir* comme ils l'entendent et non forcément dans le sens souhaité par le législateur, en assumant, bien entendu les conséquences. Adam Smith l'a bien vu en écrivant « *sur le grand échiquier de la société humaine, chaque pièce a son propre principe de mouvement, tout à fait différent de celui dont le législateur pourrait vouloir l'imprégner* ».

Pour comprendre le droit il faudrait comprendre le mouvement propre des « pièces » que le droit est censé régir. Il faut, en d'autres mots, connaître l'être humain et ses interactions avec les autres. On peut alors espérer, dans un premier temps, *prévoir les effets essentiels* d'une nouvelle loi et comprendre pourquoi elle n'atteint pas les objectifs qu'on lui a fixés.

Les considérations des effets, plutôt différents de ce qui est en apparence souhaités nous amène dans un deuxième temps à nous interroger sur *les raisons qui font qu'une loi est votée*. Il faut examiner comment les lois sont votées, en abandonnant le prémisses selon laquelle le Parlement agit dans l'unique souci de *l'intérêt général*, sans égard aux intérêts particuliers.

En troisième lieu, l'analyse des effets d'une nouvelle règle nous amène à étudier le rôle des institutions existantes pour comprendre la « sagesse collective » qu'elles incorporent ?

Ce cours propose une lecture du droit qui s'inspire des concepts économiques. Aux Etats-Unis, elle a fait l'objet d'un courant intitulé « *Law and Economics* ». Il ne s'agit pas du « «Droit économique», au sens français qui regroupe les branches du droit comportant la réglementation d'activités économiques au sens traditionnel : les banques, la monnaie, la concurrence, le contrôle du commerce extérieur, la réglementation des professions, les régies publiques et le contrôle des entreprises privées qui rendent un service considéré d'utilité publique.

L'analyse économique du droit est *plus ambitieuse*. Elle part des prémisses que les instruments d'analyse –auxquels il est fait appel pour comprendre le droit économique sont également applicables à d'autres branches du droit. Elle propose donc de partir d'une conception de l'être humain et de ses rapports avec les autres, une relecture de l'ensemble du droit.

L'analyse économique du droit cherche à *remonter à la raison d'être des institutions juridiques*. Elle postule qu'elles exhibent une rationalité sous-jacente

uniforme et propose les outils conceptuels pour la mettre au jour. L'analyse économique du droit ne se limite pas aux aspects économiques au sens restreint. Elle ne recherche pas d'avantage les traces d'un calcul économique cout-avantage qui se trouverait dans la décision judiciaire ou administrative. Au contraire, elle croit *pouvoir expliciter une logique dont les décideurs n'auraient pas forcément conscience* et qu'ils ne traduiraient pas expressément dans les motifs de leurs décisions. En cela l'analyse économique du droit rejoint la mission noble de la doctrine dans les systèmes civilistes. Elle est de *déceler et d'exprimer l'ordre sous jacent dans les écrits du droit positif*, pour permettre aux juristes de le mieux comprendre et par l'interprétation des concepts d'étendre leur logique aux différends inédits susceptibles de se présenter.

L'analyse économique du Droit à trois fonctions : *prédictive, critique et normative*.

Les deux premières ne posent pas de problèmes méthodologiques fondamentaux, mais la troisième exige de préciser que quel critère la norme est fondée. Dire quelles sont les valeurs que le Droit doit défendre prend de front, non seulement la tradition formaliste positiviste initiée par Kelsen mais aussi les courants critiques de l'école néo-classiques et notamment les « classiques »

La fonction *prédictive* de l'analyse économique du Droit peut être éclairée en précisant que cette approche permet d'abord de déterminer *les principales conséquences d'un changement législatif*. Elle indiquera comment, par exemple, l'augmentation du salaire minimum et du niveau de chômage peut être –ou ne pas être- reliés.

La *fonction critique* tient au fait l'analyse économique du droit peut mettre à jour *la raison d'être des institutions du droit privé* et, par la même, montrer leur unité profonde. L'analyse économique du droit détecte dans le droit privé une logique de gestion prudente des ressources rares (y compris le temps, l'attention et l'information dont les consommateurs et les producteurs doivent disposer dans une économie de marché) et d'incitation à la découverte de façon à économiser ces ressources. Dans cette deuxième branche, l'analyse rejoint les historiens du droit, lorsque 'ils cherchent les changements de société, de technologies, de méthode de rejoindre les consommateurs (marketing) ou les mouvements des populations susceptibles d'expliquer pourquoi les institutions connue à telle ou telle époque ont été modifiées.

Une troisième application de l'économie du droit est *normative*. Elle nous aide à former un jugement éclairé sur le caractère souhaitable d'un changement proposé du droit ou sur le choix entre des conclusions juridiques opposées dans un cas précis. La fonction critique consiste à expliciter les effets pervers et inattendus d'une loi¹. En effet, le Droit dit par définition *quels sont les comportements qui*

¹On développera par oral quelques exemples, notamment le cas posé par Johnny Halliday. Au début de sa carrière, la Société Vogue passa un contrat d'exclusivité avec celui-ci et s'engagea à lui verser 5% des recettes. En 1967, il dénonça le contrat avec la Société Vogue et obtint gain de cause car l'incertitude sur son talent était dissipée. On peut aussi évoquer l'affaire de l'ex-prostituée Ulla. Cette dernière réclama un

doivent être prohibés. Le Droit est ainsi une discipline profondément *normative*. La question qui se pose alors est de savoir quels *principes* guident le roi, le législateur ou le juge dans ses édits.

L'analyse économique du droit procède en plusieurs temps, qu'on pourrait schématiquement reprendre comme suit.

Premièrement, *dégager la structure incitative*. Cette première étape part de l'idée que les règles entraînent des coûts pour les intéressés et qu'un changement de règle les incitera à modifier leur comportement de manière à réduire l'incidence de ces coûts. Il convient alors de déterminer comment les personnes touchées réagiront devant telle règle et devant sa contrainte.

Cette analyse doit être complétée, s'il y a lieu, par un examen de la façon, dont se déroulera l'interaction des parties dans ces hypothèses. C'est ici que nous découvrirons des asymétries qui peuvent éventuellement être exploitées par une partie aux dépens de ses cocontractants.

Deuxièmement, *identifier la raison d'être des institutions*. Ces considérations conduisent vers une étape essentielle pour la doctrine qui. La responsabilité nous paraîtra comme un système d'incitation à la prudence, jumelée à un système d'indemnisation. Les contrats sont l'institution pour déplacer des ressources vers des usages profitables ce qu'implique que seuls les contrats permettant un gain à chaque partie passent la rampe. Un fil rouge traverse l'analyse économique du droit, celui des droits de propriété *property rights*, conçu comme un système d'incitation à la gestion d'une ressource devenue rare et à l'invention de façon de mieux la gérer. Le droit exclusif confie à une seule personne la faculté de décider ce qui sera fait de cette ressource et lui charge des bons et des mauvais résultats qui en résultent. Le droit soutient cette institution délimitant les bornes de cette exclusivité et en sanctionnant les transgressions non autorisées par le titulaire. Epstein, dans son ouvrage *Simple Rules for a Complex World* (1995)² s'emploie à dégager d'une telle analyse les six constituants qui forment à ses yeux le noyau de l'économie du droit.

Ces conceptions font partie du savoir constitué que l'on retrouve dans les textes fondamentaux du domaine. En matière d'accident, la prudence doit être modulée suivant l'importance des pertes occasionnées par l'imprudence et la probabilité de leur survenance. Les canons suggèrent de chercher ce que Calabresi appelle le *cheapest cost avoider*, c'est-à-dire le participant qui peut réduire les frais au meilleur coût. Cette règle est particularisée à son tour pour pointer vers la personne qui peut au meilleur coût trouver ou procurer une information (*cheapest information provider*), souscrire ou assumer un risque (*cheapest insurer*) ou qui est le mieux placé pour contracter avec une des personnes précédentes pour la faire réduire les coûts (*best briber*).

Troisièmement, *introduire les coûts de transaction et autre source de frictions*. A la raison d'être des institutions il faut ajouter du réalisme en introduisant la

pourcentage sur le chiffre d'affaire du minitel rose « 3615 ULLA ».

² R. Epstein « *Simple Rules for a Complex World* » Harvard University Press 1995

« friction » dans les modèles : les coûts de transaction, les asymétries d'information et de pouvoir, ainsi que d'autres « perversités », tels que le resquillage, la tromperie, les biens collectifs, le risque moral, le pouvoir de monopole et les groupes de pression. Ces frictions empêchent le contrat d'accomplir la mission fondamentale d'apporter un gain aux parties contractantes.

Nous pouvons alors examiner les institutions dans le but apparent est de corriger ces problèmes. Cet examen conduit à un raffinement des canons évoqués ci-dessus. La conception du contrat comme un gain de Pareto va être précisée pour inclure des règles particulières destinées à éviter l'exploitation opportuniste d'une partie par l'autre, à attribuer les aléas entre partie (*cheapest cost avoider*, *cheapest insurer*) et à fournir des solutions de défauts pour les questions que les parties ne se donnent pas la peine de régler. Il s'agit de correctif à des problèmes de coûts de transaction spécifiques.

La question est de savoir si ces correctifs accomplissent leur mission sans tomber dans le *piège du remède* qui est pire que le mal : le correctif une fois en place, nécessite lui-même correction en raison des effets secondaires importants mais indésirables. Pour les institutions qui se sont développées avec le temps, l'expérience acquise justifie normalement une réponse positive. Il en est ainsi pour les vices de consentement dans le contrat comme correctif aux comportements opportunistes. Toutefois, pour les institutions que nous envisageons de créer en remplacement d'une institution existante, la question garde tout son intérêt. Pour y répondre il faut une comparaison d'institution, d'où l'importance du travail empirique.

Existe-t'il une vraie *science du droit* ? Le *droit est-il une science sociale* ? Ces questions ne sont pas nouvelles³ et si les juristes sont souvent réticents à leur donner une réponse positive, c'est peut-être parce qu'il hésite à identifier raisonnement juridique et méthode scientifique. Evidemment le juriste fait souvent *œuvre de systématisation* en mettant en ordre ou en imposant une cohérence entre les diverses lois ou cas de jurisprudence. Cette tâche implique de recourir à la déduction (en cherchant les principes généraux des justifications aux règles ou aux décisions particulières) et à l'induction (en n'établissant la validé d'un principe général qu'après une étude des règles ou espèces particulières).

Ces techniques sont *très différentes de celles qui caractérisent les méthodes scientifiques* dont l'objet est la prévision des conséquences des interactions des phénomènes ou l'explication des causes des phénomènes. Dans les deux cas, il s'agit d'une généralisation de la causalité. Il est vrai que dans sa théorie du droit H. Kelsen a émis l'hypothèse que les normes juridiques découlent d'une norme supérieure *Grundnorm* et que chaque norme ne représente qu'une prédiction de ce que les autorités judiciaires doivent décider.⁴ Mais la première affirmation ne prétend pas être une description des sources sociologiques ou historiques des principes, par plus que la deuxième, une mesure de l'impact réel

³ Carbonnier J. « *Droit Civil* » Introduction, PUF, 1998.

⁴ H. Kelsen « *Théorie pure du droit* » LGDJ, édition de 1999.

du droit. La théorie pure du droit de Kelsen est *pure* au sens que le raisonnement est *exclusivement endogène*.

Si nous voulons essayer de comprendre pourquoi le droit a évolué dans un certain sens ou prédire l'incidence de la loi sur la conduite des individus, il faut faire appel à d'autres méthodologies. Pour bien comprendre les conséquences prévisibles de la promulgation d'une loi, il faut élaborer une théorie de la conduite humaine. Par exemple, il serait naïf de considérer que tout le monde obéit forcément à la loi pénale. Les études sociologiques révèlent ainsi l'incidence de l'âge, de la classe sociale, du genre, et du contexte sur le respect de la loi. La psychologie sociale montre que, même quand la loi impose un régime de responsabilité sans faute, les victimes d'accidents sont d'avantage prêtes à agir en justice, si l'auteur a commis une faute, parce que l'aspect moral de sa conduite demeure un élément important. Pour expliquer l'évolution du droit nous pouvons nous référer aux circonstances politico-historiques ou grâce à l'anthropologie du droit – aux variables culturelles. Il existe bien des théories (socio biologiques) de l'évolution des institutions juridiques et une gamme de modèle sociologiques. Quant aux explications économiques on pense en premier lieu aux théories marxistes, mais des écoles de pensées plus orthodoxes émettent également des hypothèses sur cette question. L'école du *Public Choice* qui prétend que les lois sont « produites » pour répondre à la demande sur le marché politique est également significative.

Toutes les théories citées proposent des modèles à partir desquels des hypothèses de causalité entre les phénomènes sont formulées. Ces théories sont dites positives car elles sont, en principe vérifiables, par des études empiriques. Elles s'opposent, ainsi aux études normatives : dès lors que l'on porte une appréciation qualitative sur le Droit, il faut se référer à des valeurs et l'analyse objective devient impossible. Traditionnellement les **juristes n'acceptent d'évaluer le droit qu'au regard de l'application correcte de la loi.**

Mais cet état de fait tend à changer. Aussi, les juristes depuis la fin du XIXe siècle, n'hésitent-ils plus à procéder à des appréciations. Malheureusement leurs critères demeurent le plus souvent implicites ou indifférenciés. Certains évoquent la « *justice* » mais le concept de justice est ambigu. La « justice commutative » se distingue de la « justice distributive ». Dans le premier cas, le droit intervient pour *rendre à un individu ce qui lui est dû*, selon certaines normes morales (par exemple, parce qu'on lui a causé un préjudice). Dans le second cas, il *s'agit d'assurer une répartition équitable* des ressources entre les riches et les pauvres.

Quelles que soit leurs valeurs, les autres disciplines sont indispensables à une analyse systémique du droit, le particularisme de l'analyse économique du droit, pour l'exprimer dans une version brutale est de considérer qu'une règle est justifiée « *dans la mesure où elle maximise le bien-être de la société* ».

II - HISTOIRE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT

L'analyse économique du droit, dans sa mouture actuelle existe depuis une

quarantaine d'années⁵. Elle a gagné le milieu juridique américain au début des années 70⁶ ; elle y a connu un succès inégalé dans le domaine de la théorie du droit. Elle a gagné les autres pays d'expression anglaise vers la fin des années 70 et, dans la décennie suivante, les pays du Nord de L'Europe. Vers la fin des années 1990, elle est passée par une vaste consolidation sous forme d'encyclopédies et de traités⁷.

Le juriste francophone E. Mackaay, a situé le *décollage de l'analyse économique* du Droit vers la fin des années 50, date de la création de la revue *Journal of Law and Economics* à l'université de Chicago⁸. L'université de Chicago avait créé une chaire d'économie à la faculté de Droit ? Son premier titulaire, Henry Simons, a surtout étudié l'influence de l'administration sur l'économie, en adoptant la perspective de l'économie politique. Son successeur, Aaron Director, a emprunté le même chemin mais en se consacrant au droit anti-trust et en n'hésitant pas à émettre des critiques sévères sur la législation et la jurisprudence qui des préoccupaient du problème de la puissance économique des monopoles. Pour Aaron Director le but du Droit était l'efficacité économique, il a été le père du mouvement de la *Old Law and Economics*.

Ronald Coase a été nommé à la faculté de droit de Chicago en 1964. Économiste anglais naturalisé américain, son article le plus connu traite de la théorie de l'entreprise⁹. Son autre article bien connu concerne plus l'économie du droit¹⁰. Sans détailler ici le contenu de l'article, notons que Coase choque la perception des juristes. Premièrement, par **ce que pour ces derniers les règles juridiques sont des moyens de résoudre des conflits *ex post*, alors que la vision économique consiste à orienter l'action des individus *ex ante***. Le Droit peut alors être considéré comme le *prix implicite* de l'adoption d'un comportement :

⁵ En faisant remonter le début du mouvement aux articles de R. Coase et de G. Calabresi. Coase (1960) « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol 3, p. 1-44 et G. Calabresi (1961) « Some Thoughts on the Risk Distribution and the Law of Torts » *Yale Law Journal*,

⁶ Voir B. Deffains (dir) (2002) « *L'analyse économique du Droit dans les pays de Droit civil* » Editions Cujas ; A. Ogus & M. Faure (2002) « *Economie du Droit : le cas français* » Editions Pantheon-Assas.

⁷ Backhaus « *The Elgar Companion to Law and Economics* » 1999 ; Bouckaeret & De Geest « *Encyclopedia of Law and Economics* » (on line). Dau-Schmidt et Ulen « *Law and Economics Anthology* » Anderson publisher, 1997 ; Medema « *Cosean Economics : Law and Economics and the New Institutional Economics* » Kluwer, 1997 ; Newman (dir) « *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics* » Edward Elgar 1997 ; Warren « *Law and Economics : The Early Journal Litterature* » Pickering and Chatto, 1998.

⁸ E. Mackaay « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste : une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit » *Revue Internationale de Droit Economique*, 1986, p43.

⁹ Coase « The Nature of the Firm » *Economica*, (vol 4), 1937, pp 386-405.

¹⁰ Coase (1960) « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol 3, p. 1-44

Le prix du comportement varie en fonction de l'obligation légale.¹¹ Une telle perspective nous éloigne de *l'aspect moral du Droit* et nous fait comprendre que l'aspect moral n'est qu'un aspect parmi d'autres dans l'échelle de préférences des individus. Ce raisonnement élargit notre horizon en nous permettant de prévoir l'impact du droit sur la société. Coase insiste également sur le fait que les droits et les obligations juridiques doivent être envisagées dans un contexte de marché où les individus ne sont peut-être pas incités à les invoquer.

R. Coase a peu publié, alors que R. Posner est l'auteur d'une vingtaine de livres et d'environ 180 articles. Professeur à la faculté de Droit de Chicago et depuis 1981, juge fédéral, Posner s'est inspiré des idées de Coase, et a appliqué systématiquement l'analyse économique à tous les domaines du Droit. L'une de ses hypothèses est que la *Common Law* (c'est-à-dire le droit coutumier développé par la jurisprudence) tend actuellement à l'efficacité, peut-être parce que les juges - par opposition aux politiciens - qui font la loi- ont un sens intuitif de l'économie.¹² Pour vérifier ce postulat, il lui a fallu naturellement déterminer la solution efficace d'un très grand nombre de problèmes juridiques en les comparant avec les règles de Droit en vigueur. En fait, l'aspect théorique de la démonstration -l'évolution de la *Common Law* vers l'efficacité fera l'objet d'études plus approfondies par d'autres auteurs, en particulier s'agissant de l'impact des litiges sur la formulation des principes de Droit. Il faut reconnaître que la démonstration de Posner n'est pas convaincante à l'heure de la prise en compte des problèmes de rationalités limitée et d'information imparfaite. En fait, cette démonstration s'est révélée moins importante que la vérification des principes juridiques eux-mêmes.¹³

Bien que Coase et Posner et l'Ecole de Chicago aient joué un rôle prédominant dans l'évolution de l'analyse économique du Droit, il existe d'autres pôles d'influence. Il faut d'abord citer G. Calabresi, professeur de Droit à l'université de Yale qui a découvert les principes économiques de la responsabilité civile. Dans son livre célèbre *The Cost of Accidents*, paru en 1970, Calabresi développe l'idée selon laquelle il est impératif de rechercher les moyens les plus économiques d'inciter les agents à adopter des précautions optimales, en minimisant trois catégories de coûts : les coûts des accidents, ceux des précautions mais aussi ceux de la mise en œuvre juridique. Deux ans plus tard, G. Calabresi publie avec D. Melamed un article capital.¹⁴ Il y opère une distinction entre les principes juridiques selon la sanction qui leur est attachée : Si le transgresseur du Droit peut, **à son gré, violer l'obligation en payant une**

¹¹ R. Coater & T. Ulen (2000) « *Law and Economics* », Addison, Wesley, 3e eds ? Ces auteurs développent ce point dans un manuel de référence ouvert aux perspectives néo-institutionnalistes.

¹² Voir son ouvrage majeur constamment réédité : R. Posner « *Economic Analysis of Law* » Little Brown, 1973.

¹³ Priest (1977) "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules" *Journal of Legal Studies*, vol 6, p 65.

¹⁴ G. Calabresi & D. Melamed « Property Rules, Liability Rules, Inalienability : One view of the Cathedral », *Harvard Law Review* (vol 85), 1972, pp 1089-1128.

compensation, il s'agit d'un principe de responsabilité ; si le juge peut l'en empêcher l'acte illégal (injonction) et que le seul moyen d'accomplir un tel acte est de négocier avec le propriétaire titulaire du droit, il s'agit d'un principe de propriété. Ces principes ont chacun des coûts et un impact spécifique sur la répartition des ressources. Calabresi qui s'intéresse, en effet autant à la justice distributive qu'à l'efficacité va dans ses écrits ultérieurs ¹⁵ se concentrer sur ce thème ce qui le conduira à critiquer vigoureusement les tenants de l'École de Chicago.¹⁶

Dans une autre perspective, les tenants de *l'Institutional Economics* ou de l'institutionnalisme classique (issu de T. Veblen) considèrent que le comportement économique n'est pas seulement influencé par les variables de l'analyse classique (offre et demande...) mais aussi par les normes culturelles et les institutions juridiques qui attribuent richesse et pouvoir à certains groupes sociaux déterminés. Pour ces économistes le Droit devient une variable importante, bien qu'exogène, de l'économie.¹⁷ Les partisans des *New institutional Economics* ou Néo Institutionnalisme, considèrent, au contraire, le droit comme une variable endogène et cherchent à établir une corrélation systématique entre les principes juridiques et les l'activité économique.

Enfin l'école du *Public Choice* constitue également une source d'influence externe. Selon ces théoriciens, il serait naïf de présumer que les politiciens et bureaucrates poursuivent toujours l'intérêt public : il faut prévoir, au contraire, que comme les autres individus, ils cherchent à maximiser leur intérêt privés. Ce postulat a fondé une abondante littérature sur l'origine des lois.¹⁸ Un marché existe sur lesquels les politiciens et les bureaucrates « fournissent » les lois et les règlements à ceux qui en profitent et sont prêts à « payer » pour ces avantages, un « prix » qui se concrétise le plus souvent en soutien politique et électoral. Cette théorie comporte une dimension à la fois positive et normative. Conformément à la première, on peut ainsi prévoir qu'un groupe de pression puissant peut faire adopter une réglementation qui le favorise : l'existence et l'origine d'une légalisation contraire à l'intérêt public¹⁹ deviennent explicables. Quant à l'étude des possibilités constitutionnelles de restreindre la manipulation des procédures législatives dans l'intérêt privé,²⁰ elle relève de l'analyse normative.

En France, le mouvement en faveur de l'analyse économique du Droit a été

¹⁵ G. Calabresi & P. Bobbit (1978) « *Tragic Choice* », Norton.

¹⁶ G. Calabresi (1982) « The New Economic Analysis of Law: Scholarship, or Self-Indulgence? » *Proceedings of the British Academy* (vol 67), p 85.

¹⁷ Il s'agit par exemple de J.R Commons, mais on trouve une version plus récente de cette approche dans W.J Samuels & Schimid (1981) *Law and Economics : an Institutional Perspective*, Nijhoff.

¹⁸ V.G Tullock (1978) « *Le marché politique : une analyse économique du processus politique* » Economica.

¹⁹ Voir : G. Stigler (1971) « The Theory of Economic Regulation » *Bell Journal of Economics* (vol 2), p. 137.

²⁰ J. Buchanan & G. Tullock (1962) « *The Calculus of Consent* » University of Michigan Press.

beaucoup moins important qu'aux Etats-Unis. Il n'est pourtant pas passé inaperçu. Notamment pour B. Oppetit :

« Pour l'essentiel l'analyse économique du droit fournit au juriste une méthode »e destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques : elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système refermé sur lui-même, dans lesquels le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif des règles de droit établi et à la recherche des solutions aux problèmes juridiques nouveaux à l'intérieur de sa discipline. La méthode de l'analyse économique du droit vau d'abord comme une description de la réalité : elle procure une analyse pour comprendre les finalités et les évolutions un système juridique ; en outre elle ambitionne de provoquer les changements législatifs si se révèle une adéquation suffisante entre les modèles et la réalité. Elle peut répondre à une triple finalité : critique (prédire quels seront les effets non attendus d'une loi), normative (déterminer quelle législation devrait être adoptée) et prédictive (prédire quelle législation sera adoptée. »²¹.

Certes, l'analyse économique du Droit a été essentiellement développée à partir du cadre anglo-saxon de la *Common Law*, pour les raisons historiques développées précédemment. Le problème de sa transposition dans les systèmes civilistes reste donc posé. Il semble pourtant que l'analyse économique soit transposable aux systèmes civilistes, et qu'elle devrait même y trouver une place de choix, tout aussi importante que dans les pays de *Common Law*. Son rôle dans les systèmes civiliste n'est toutefois pas forcément identique à celui qui joue dans les pays de *Common Law*. Dans les systèmes civilistes, son rôle est de ranimer la doctrine, qui a eu tendance à sombrer dans un positivisme sans avenir et de la rappeler à sa mission, qui est de mettre en lumière les fondements du Code et de montrer la voie des adaptations à la réalité nouvelle. Loin de menacer la tradition civiliste, l'analyse économique du Droit promet d'en renforcer les aspects qui commandent le plus de respect.

III - QUELLE EST LA NORME D'UN « BON » DROIT ?

Pour les économistes ou du moins comme nous le verrons, ceux les plus proches du *Main Stream Economics*, le but de la Loi est de promouvoir une norme fondamentale appelée « efficacité économique ».

Le droit doit permettre de prescrire les lois selon le principe de l'efficience. La recherche du normatif dans les lois consiste à trouver les normes pour que ces lois puissent être efficaces, l'efficience consistant à obtenir un résultat en minimisant les coûts. Ceci soulève des controverses particulièrement violentes chez les juristes plus habitués à croire que le Droit doit promouvoir la justice et l'équité dans les relations humaines.

Les critiques les plus libérales (théorie autrichienne) de l'analyse économique néo-classique se demandent si les normes produites par le Droit ne devraient pas

²¹ B. Oppetit 1992 « Droit et Economie » *Archive de philosophie du droit*, 17-26, 23.

plutôt être analysées de façon positive sans faire appel à des jugements de valeur. Ainsi, si comme l'affirme la théorie du *Public Choice*, le législateur est gouverné, dans l'élaboration des lois, par l'idée de ne pas déplaire à ses électeurs, le principe qui gouverne la législation ou les jugements n'est autre que la victoire électorale de certains intérêts privés en compétition avec d'autres. Et l'on a alors affaire à une interprétation purement positive.

Certains ont considéré, nous l'avons vu, que le Droit pouvait être une discipline objective, comme Kelsen l'a prétendu avec sa théorie pure du Droit. Par opposition, Rothbard a cherché à fonder le Droit sur une éthique rationnelle en supposant que le Droit pouvait être l'expression de la morale. Dans ce cas, l'éthique jouerait selon lui un rôle prédominant en Droit.

Il est également possible de se demander s'il n'existe pas un droit naturel supérieur auquel le droit fabriqué par les hommes devrait se plier. Si l'on admet que la loi est gouvernée par un principe d'interaction entre des groupes de pression sur un marché politique, et que l'on peut rendre compte de façon précise des lois qui sont votées et abolies, il apparaît difficile d'arrêter de réfléchir sur les normes produites par ce mécanisme et de se contenter d'expliquer et de décrire ce que l'on observe, tout en sachant que ces lois ou ces jugements violent des libertés individuelles fondamentales. La question qui se pose ici est de savoir s'il faut refuser de porter un jugement de valeur sur ce qui est observé par souci d'objectivité scientifique.

Or, la Loi interdit, prohibe et use de la violence publique pour faire respecter ces interdits. A partir de là, les économistes peuvent se demander sur quels principes la Loi s'appuie-t-elle pour interdire. Pour Kelsen, l'usage de cette violence est légitimé par une norme première et fondatrice, la constitution originelle qui permet selon certaines procédures législatives de dériver l'ensemble des règles juridiques. Cependant, il est alors difficile de comprendre en quoi les générations futures sont tenues de respecter cette constitution originelle puisqu'elles n'y ont pas consenti.

Les questions normatives sont donc essentielles en droit contrairement à d'autres disciplines. Une théorie en droit doit non seulement rendre compte des normes que le Droit produit mais aussi légitimer par un principe normatif l'usage de la contrainte publique pour faire respecter la loi. C'est pourquoi on peut estimer que les économistes sont plus juristes que certains juristes eux-mêmes qui ont cessé de réfléchir aux normes suite à l'influence de Kelsen.

Il se pose alors le problème de la définition de cette notion d'efficacité économique.

1 - L'échange volontaire : un critère d'efficacité interne

Premièrement, on peut définir l'efficacité à partir du cadre de *l'échange volontaire*. Cette approche correspond à celle de l'analyse économique classique ou de l'approche autrichienne.

Prenons un exemple : soit un locataire et un propriétaire d'un logement Le locataire est prêt à payer pour un logement au maximum 4000 €. Le propriétaire

est prêt à louer son logement au minimum 3000 €.

Un gain à l'échange est donc possible. Le prix maximum pour le locataire prend en compte le sacrifice qu'il est prêt à faire sur ses autres dépenses pour se loger tout en maintenant constante sa satisfaction. Ce prix maximum est purement subjectif et prend en compte par définition les règles du jeu de l'échange volontaire. Le prix minimum exigé par le propriétaire prend en compte le revenu minimum indispensable pour qu'il accepte de continuer à louer son logement plutôt que de le vendre et placer l'argent sur les marchés financiers. A ce prix minimum, sa richesse est identique, que son logement soit loué ou qu'il soit vendu et le capital placé sur un marché financier.

L'échange volontaire veut dire que la transaction est libre. Dans un tel cas, si la transaction a lieu, on observe un gain à l'échange. Tout prix de la transaction situé entre 3000 et 4000 € est tel que, pour au moins un des cocontractants, le bien-être augmente. Si le prix de marché s'établit à 3250 €, le locataire voit son bien-être augmenter de 750 € par mois, puisque les 4000 € qu'il était prêt à payer correspondaient à un sacrifice qui maintenait constante sa satisfaction. Même raisonnement pour le propriétaire. Les deux cocontractants sont donc dans une position où tous deux voient leur bien-être s'améliorer. Tous deux profitent de gains à l'échange.

Dans le cadre d'un échange où les propriétaires (respectivement les locataires) peuvent rivaliser entre eux sur les prix, le prix du marché qui s'impose sera celui du vendeur et du locataire marginal. A ce prix qui équilibre les offres et les demandes, les gains à l'échange sont maxima. Lorsque la transaction n'affecte pas les tiers, le consentement des parties et la compétition entre acheteurs (respectivement entre locataires) suffit à assurer l'efficacité de la transaction au sens où toutes les opportunités de gains à l'échange ont été saisies. *Le critère d'efficacité se confond alors avec l'idée de maximiser les gains à l'échange.*

Cette approche *présuppose l'existence de droits de propriété* (on ne peut échanger que ce dont on est propriétaire) et de règles du jeu (le respect de la propriété, de la volonté de l'autre partie, ...). Cela signifie aussi que la source des valeurs ou des évaluations réside dans les individus qui participent à l'échange volontaire. Enfin, ces évaluations ne sont pas indépendantes du processus même de l'échange volontaire. Ce critère d'efficacité appartient aux critères de justice procédurale par opposition aux critères de justice résultat. *Dans une telle approche, c'est le droit qui fonde l'efficacité économique et non le contraire.*

On peut se poser la question de la portée de cette première définition de l'efficacité. Quand il n'y a pas d'échange volontaire, la liberté contractuelle n'est-elle pas sans intérêt ? C'est le cas quand des dommages sont causés à autrui *involontairement*, comme avec un accident. Le droit aurait alors pour objet de spécifier quand les droits de propriété ont été violés et qui est responsable, c'est-à-dire des règles de responsabilité. Dans le cas d'un accident, celui-ci peut être évité si l'individu prend suffisamment de précautions. Mais la prise de précautions a un coût; le montant optimal de précautions pour l'individu correspond alors à un bilan avantage-coût. Une idée simple consiste à rendre

responsable l'individu lorsque le coût d'opportunité de prendre des précautions supplémentaires est inférieur au gain attendu -c'est à dire au dommage évité- et à ne pas le rendre responsable dans le cas contraire. C'est la formule du *judge Hand* : il s'agit de sanctionner l'individu si et seulement si l'individu agit de façon inefficace.

2 - L'école néo-classique et les critères externes d'efficace

On peut définir l'efficace comme la *minimisation du coût social*, en adoptant la démarche de l'école néo-classique.

Nous constatons dans l'exemple de l'accident que la définition de l'efficace utilisée dans le raisonnement a été légèrement changée. A la *maximisation des gains à l'échange*, manifestement impraticable dans le cas de l'accident, nous avons substitué une *efficace fondée sur la minimisation du coût social*.

Cette nouvelle définition de l'efficace a été historiquement élaborée après celle reposant sur l'échange volontaire. Elle consiste à *définir* l'efficace de la manière suivante. Un état social, résultant d'une modification de la loi ou d'un jugement ou d'une structure d'interaction, comme l'échange volontaire ou comme une démocratie politique, est dit « efficace » ou juste si et seulement si celui-ci est tel que :

Soit, le bonheur pour le plus grand nombre est maximum (*critère de justice utilitariste*).

Soit, le bonheur de tous est identique : on acceptera une inégalité dans les résultats que si celle-ci se fait au profit de tous (*critère de Rawls*).

Soit, si l'on ne peut augmenter la satisfaction d'un individu sans diminuer celle d'un autre (*critère de Pareto*).

Soit, si les gagnants à un changement dans la loi ou la législation compensent les perdants et obtiennent quand même un bénéfice positif (*critère de justice de Kaldor-Hicks*).

Ces critères d'efficace appartiennent tous au champ de la *justice de résultat*. Le résultat de l'interaction sociale ou de l'échange volontaire doit satisfaire un critère de justice externe aux règles même de la procédure qui fonde cette interaction sociale et qui conduit au résultat observé.

Selon le *critère d'efficace externe* adopté, on observe tout de suite des conflits entre les économistes et les juristes ou entre les économistes entre eux. Tous ces critères ne mènent pas au même état social, ils entrent en conflit entre eux. Ainsi l'analyse économique du Droit est controversée par ce que certains économistes et certains juristes adoptent une vision où les critères d'efficace sont externes aux procédures qui font émerger les états sociaux. Ils fondent le droit sur des principes a priori, et ces principes externes correspondent à des jugements de valeur personnels qui ne peuvent pas faire l'objet d'un consensus.

Le plus souvent, les contributions à l'analyse Economique du Droit adoptent le second point de vue et plus précisément un critère d'efficace à la *Hicks-Kaldor*.

IV - CONCLUSION

Une fois ces quelques remarques faites, je suivrai un plan de cours assez classique, puisque j'étudierai successivement la propriété, la responsabilité civile et pénale, les contrats et le fonctionnement de la justice.

