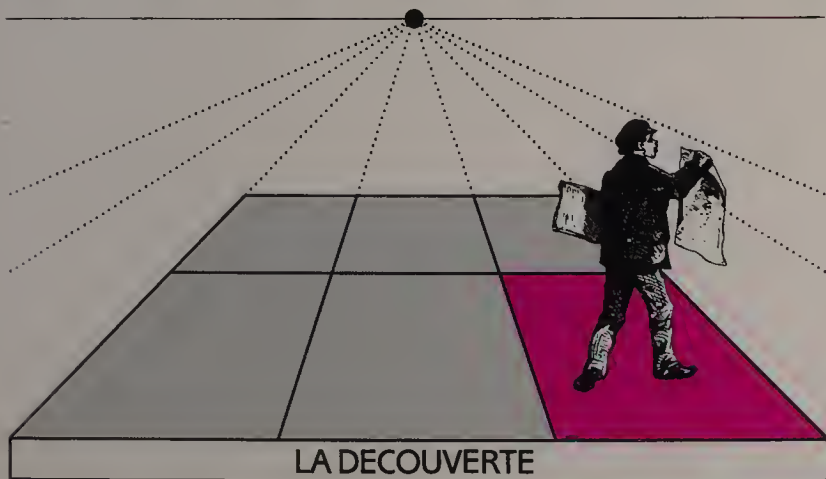




Thierry Kirat

Économie du droit

R E P È R E S



860

Thierry Kirat

ÉCONOMIE DU DROIT

ÉDITIONS LA DÉCOUVERTE

9 *bis*, rue Abel-Hovelacque

75013 Paris

1999

Catalogage Électre-Bibliographie

KIRAT Thierry

Économie du droit — Paris : La Découverte, 1999. — (Repères ; 261)

ISBN 2-7071-2960-7

Rameau :	Droit : aspect économique
Dewey :	340.4 ; Droit. Généralités. Droit comparé
	346 : Droit privé
Public concerné :	Tout public

Le logo qui figure au dos de la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans le domaine des sciences humaines et sociales, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, du présent ouvrage est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins 75006 Paris).

Si vous désirez être tenu régulièrement informé de nos parutions, il vous suffit d'envoyer vos nom et adresse aux Éditions La Découverte, 9 bis, rue Abel-Hovelacque, 75013 Paris. Vous recevrez gratuitement notre bulletin trimestriel **À la Découverte**.

Introduction

L'économie du droit (*Law and Economics* dans la terminologie anglo-saxonne) est une branche de la science économique qui applique ses méthodes et ses cadres conceptuels à l'étude du droit ou des effets économiques des règles juridiques, dans des domaines tels que la responsabilité civile, les contrats, les décisions judiciaires, les modes de règlement des différends, etc. Elle constitue un type particulier d'approche de la régulation juridique.

Le calcul et la règle

Trois grandes perspectives d'accès à la connaissance de la régulation juridique peuvent être distinguées : celle des juristes, celle des sociologues, celle des économistes. Mettons, pour l'instant, la sociologie du droit de côté (nous la retrouverons dans le chapitre 1). La méthode dominante de la science juridique est, du moins en France, celle de la dogmatique juridique qui consiste à étudier, sur les plans de la théorie ou de la doctrine, le droit « de l'intérieur » (selon l'expression de Carbonnier, 1994 [118])* . Il n'est pas exagéré de considérer que la science juridique ainsi définie connaît davantage la règle que l'usage qui en est fait dans les pratiques sociales.

* Les numéros entre crochets renvoient à la bibliographie en fin d'ouvrage.

L'économie du droit, même si sa diversité rend délicat de la résumer à un schéma général, ne s'intéresse pas tant à ce qu'est le droit qu'à ce que différents procédés de régulation juridique (la législation, la réglementation, l'appareil judiciaire) ou différentes règles (relatives aux contrats, à la responsabilité, à la propriété, etc.) produisent comme conséquences économiques. Cette discipline se focalise sur les relations entre le droit et l'allocation des ressources et des droits dans la société. Son projet normatif se concentre sur le problème de la minimisation des coûts sociaux, c'est-à-dire des coûts que la société doit supporter, induits par l'existence d'activités ou de comportements créateurs de dommages (la pollution, les nuisances, les accidents, les ruptures de contrat, etc.). Elle traite de nombreuses questions économiques, parfois traditionnelles (par exemple l'internalisation des coûts), souvent originales : l'attribution de droits à exercer une activité et leur négociation, les avantages comparés des modes judiciaires et non judiciaires de règlement des différends, etc. Par ailleurs, une grande partie de l'économie du droit se focalise sur la question de l'efficacité économique du droit. Ce faisant, elle se situe sur le registre du calcul.

L'économie du droit comme voie d'accès à la connaissance de la régulation juridique

L'objectif de cet ouvrage est de montrer que l'économie du droit présente l'intérêt de permettre l'accès à une connaissance non dogmatique (au sens de la pratique des juristes universitaires) de la régulation juridique. Cette discipline prend en effet le droit sous l'angle opératoire, en s'intéressant aux effets économiques des règles et des institutions juridiques, notamment dans le cadre jurisprudentiel. De ce point de vue, l'économie du droit est proche de la démarche des tenants du *legal realism*, qui, dans le champ de la recherche juridique, se sont émancipés à partir des années vingt d'une vision formaliste du droit, pour démontrer l'articulation du droit et des comportements dans le monde réel (Kornhauser, 1980 [74]).

Il importe à cet égard de distinguer deux visions du droit. La première est liée à la représentation traditionnelle de l'ordre

juridique entretenue par les spécialistes universitaires du droit, qui en font un édifice hiérarchisé de règles juridiques. La seconde vision s'exprime en termes de fonctionnement social du droit, dont le caractère primordial est d'organiser le règlement des conflits d'intérêts. Ce dernier est présenté, en pays de *common law*, comme largement perméable au calcul économique, alors que dans les pays dont le droit est issu de la tradition romano-germanique, l'intervention des tribunaux est considérée comme vouée à l'application du droit codifié, de la législation. Cela ne signifie pas pour autant que l'économie du droit n'est praticable qu'en pays de *common law* ; sa pratique en pays de droit codifié suppose cependant qu'elle intègre les particularités du système juridique, tels le poids des règles positives et de la législation, notamment par rapport aux tribunaux, ou l'inscription subtile et peu visible de la logique du calcul dans des dispositifs juridiques centrés sur la règle.

Quelle représentation du droit ?

La vision positiviste-normativiste de l'ordre juridique est typique des méthodes d'enseignement du droit en France. Elle consiste à commenter, sur un plan doctrinal ou théorique, des règles, ou des ensembles de règles, considérées en elles-mêmes et dans leur cohérence logique.

Tout autre est la démarche qui retient une vision du droit comme un ensemble de normes qui créent des capacités d'agir et organisent le règlement pacifié des intérêts conflictuels. Cette conception s'appuie sur une représentation de l'ordre juridique dont la proximité avec la sociologie du droit, également pratiquée par des juristes, dans la tradition wébérienne notamment, est bien marquée. Il s'agit là d'une démarche sociologique qui investit l'étude des situations d'action, c'est-à-dire du « rapport actif entretenu par les acteurs sociaux avec les dispositions juridiques » (Lascoumes et Serverin, 1988 [140]). Cette vision de la règle juridique et du droit revient en particulier à mettre au centre de l'analyse les pratiques de mise en œuvre du droit et le règlement des conflits d'intérêts. Elle permet de saisir le contenu et les effets

économiques du droit, que la pratique doctrinale laisse trop souvent dans l'ombre.

L'économie du droit présente des affinités avec ce dernier cadre « sociologique » d'analyse. C'est une discipline pratiquée principalement aux États-Unis, qui met au cœur de ses préoccupations les aspects d'efficacité économique des règles juridiques en termes soit d'incitation à des comportements prudentiels (par la réglementation, la responsabilité civile pour les dommages causés, l'assurance, etc.), soit de modes de règlement des litiges (qui renvoient aux déterminants des choix entre modes juridictionnels – le recours au tribunal – et non juridictionnels – les *Alternative Dispute Resolution*, tels l'arbitrage, la conciliation, la transaction – de traitement des différends).

L'économie du droit présente donc un double aspect :

- du point de vue de la conception de la règle juridique, elle se rapproche du positivisme juridique ; elle considère la règle comme une incitation, ou un impératif, extérieure au comportement qu'elle est censée régir ;

- du point de vue des cadres d'analyse, elle présente des affinités avec la méthode « sociologique » de connaissance du droit, elle vise à comprendre les modes de règlement des intérêts conflictuels et rencontre, ainsi, le droit en mouvement des tribunaux et la jurisprudence.

Cette dernière question est récurrente en économie du droit. Même si les méthodes et les choix théoriques diffèrent selon les écoles de pensée (de l'institutionnalisme de John R. Commons à la microéconomie du droit de l'école de Chicago), la *Law and Economics* repose fondamentalement sur des questionnements relatifs à l'attribution des droits et à leur protection. Dans un régime de *common law*, qui se caractérise par la primauté du droit fait par les juges dans le processus jurisprudentiel (*case law*) à partir des décisions prises dans le passé dans des cas similaires (*binding precedent*) (David, 1966 [153] ; Tunc, 1964 [163]), l'attribution et la protection des droits procèdent pour une large part des tribunaux.

Les niveaux de discours de la science économique sur le droit

Outre la *Law and Economics*, dont l'objet est l'étude économique du droit, d'autres branches ou courants de la science économique se situent à proximité du juridique ou, du moins, tiennent des discours qui évoquent des aspects juridiques. Nous pouvons signaler, par ordre décroissant de proximité au droit : la théorie du *public choice*, l'économie de la réglementation, l'économie publique, l'économie industrielle.

Les courants d'analyse, transversaux aux découpages thématiques, dont les outils font référence au juridique, sont pour l'essentiel les suivants : la théorie des contrats et la théorie des conventions.

La théorie des contrats relève de l'analyse microéconomique. C'est au fond davantage une théorie des accords interindividuels bilatéraux qu'une théorie des formes juridiques des contrats et de leurs conséquences économiques. Elle relève d'une démarche qui vise, selon deux spécialistes, « à découvrir les traits essentiels des relations contractuelles, non par observation directe des comportements, mais par reconstitution de

modèles formels où l'on explore les conséquences logiques de l'hypothèse de rationalité individuelle » (Favereau et Picard, 1996 [155]). Pour une présentation claire de la théorie des contrats, on peut se reporter à l'ouvrage de Brousseau (1993 [150]).

La théorie des conventions, qui se présente comme une théorie de la coordination économique critique par rapport aux modèles fondés sur l'individualisme méthodologique, est souvent riche en références au droit : à la règle de droit comme outil d'analyse de la relation salariale chez B. Reynaud (1992 [162]), à la justification économique et juridique du lien hiérarchique dans l'entreprise chez C. Bessy et F. Eymard-Duvernay (1995 [149]), à la procéduralisation du droit chez O. Favereau (1997 [154]). Mais la démarche des théoriciens des conventions n'est pas centrée sur l'analyse du droit *stricto sensu* ; elle est d'interpréter des discours juridiques à l'occasion de l'étude des formes de coordination. C'est plus une économie qui mobilise les discours sur le droit qu'une économie du droit.

Démarche et plan de l'ouvrage

Cet ouvrage est destiné à offrir une introduction à l'économie du droit. La présentation qui en est faite cherche à clarifier, autant que possible, des points de correspondance avec les catégories et les problèmes que les spécialistes des systèmes de droit codifié considèrent comme pertinents, tels le rapport entre le droit légiféré et la jurisprudence, le

règlement des conflits d'intérêts et leur mise en balance dans les procédures judiciaires, la responsabilité civile.

Les pages qui suivent seront orientées par le projet de tenir à la fois la règle et le calcul : il ne s'agit pas de plaquer les outils d'analyse de l'économie du droit sur des notions juridiques définies formellement, mais de tenter d'explicitier la portée de l'économie du droit comme grille de lecture du droit, en prenant celui-ci au sérieux. Cela revient à situer l'analyse économique (la logique du calcul) dans le contexte des règles et des institutions juridiques (la logique de la règle).

- Le premier chapitre est consacré à une présentation des points de vue sur l'interface droit-économie. Il aborde la question du statut des discours, d'une part, de l'économie sur le droit et, d'autre part, des sciences juridiques sur les dimensions économiques. Les visions de la règle et des institutions juridiques dans les différents courants de la science économique, ou la signification des catégories économiques pour les différents champs de la science juridique, sont construites dans des représentations partagées, dans des paradigmes. Ce chapitre est consacré à l'explicitation de ces visions, de ces objets construits ou, plus généralement, des « boîtes à outils » utilisées par les économistes, les juristes, les théoriciens et les sociologues du droit.

- Le deuxième chapitre présente les grandes lignes de la constitution et de l'évolution de la *Law and Economics* aux États-Unis, de la fin du XIX^e siècle à l'apparition de la « nouvelle *Law and Economics* » au début des années soixante. Le cas de la France est évoqué. Nous y avançons des éléments de compréhension de l'absence d'une tradition française de rencontres entre le droit et l'économie.

- Le troisième chapitre est consacré à une présentation synthétique du cadre d'analyse dressé par l'économie du droit à partir du problème de l'efficacité du droit. Ce chapitre est donc un exposé des principaux outils d'analyse de l'économie du droit. Il a une dimension théorique et son arrière-plan est la *common law* américaine.

- L'ultime chapitre de cet ouvrage approfondit la présentation de deux des principaux objets de l'économie du droit : la responsabilité et les modes de règlement des litiges. Ces objets

renvoient à des questions pratiques, telles que la responsabilité délictuelle, pour faute ou sans faute, l'articulation du droit de la responsabilité et des mécanismes assurantiels, l'indemnisation des victimes de dommages, les modes juridictionnels et non juridictionnels de règlement des litiges. Ce chapitre confronte les discours économiques, normatifs et positifs, à des réalités pratiques du droit de responsabilité et du règlement des conflits.

I / Les problèmes de l'interface entre le droit et l'économie

Les relations entre l'économie et le droit sont l'objet de préoccupations à géométrie variable, selon les pays et les disciplines. Les pays anglo-saxons connaissent une tradition durable et vivace d'enseignement, de recherche et de pratiques professionnelles à l'intersection du droit et de l'économie. Les pays de tradition civiliste, au droit codifié et réputé procéder davantage de la loi que des décisions des tribunaux, offrent moins d'occasions de rencontres entre le droit et l'économie, tant au niveau de la connaissance théorique qu'à celui des pratiques.

Les regards que les spécialistes de la science économique et de la science juridique jettent sur les relations entre l'économie et le droit sont également peu homogènes. La considération de la règle de droit et des institutions juridiques par les économistes, des dimensions économiques de la régulation juridique par les juristes s'ordonne dans des paradigmes dont la diversité doit être explicitée.

Les modèles d'analyse économique

On retiendra ici les deux paradigmes fondamentaux de la *Law and Economics* que sont le courant de l'analyse

économique du droit et les courants institutionnalistes, usuellement qualifiés d'« anciens » et de « nouveaux ».

L'analyse économique du droit

Rapidement définie, l'analyse économique du droit (désormais : AED) est un courant de la science économique néoclassique, né des travaux de Gary Becker, Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner dans les années soixante-soixante-dix. Développée en particulier à Chicago par des spécialistes de microéconomie, l'AED est une composante importante de la nouvelle *Law and Economics*.

- *Un projet positif, normatif, explicatif.* – L'AED présente plusieurs aspects. C'est, d'abord, un projet qui revendique une orientation positive, qui consiste à comprendre et à évaluer économiquement les règles et les institutions juridiques (en particulier le processus jurisprudentiel de la *common law*). C'est aussi une entreprise qui n'est pas exempte d'un contenu normatif, dans la mesure où l'AED fournit les bases d'une évaluation économique du droit et, ce faisant, définit les conditions d'élaboration et de sélection des règles qui sont conformes à un principe d'efficacité. C'est, enfin, un système d'analyse qui prend la dimension d'une théorie explicative du droit (Fluet, 1990 [2]).

L'AED a pour vocation d'évaluer les changements juridiques. De ce point de vue, elle entretient un rapport étroit avec l'économie du bien-être, dans la mesure où elle s'interroge sur les effets que les changements qui affectent le droit exercent sur le bien-être des individus.

Elle s'empare donc de questions positives – telle celle de savoir si un changement du droit conduit à un résultat plus efficace que celui qui prévalait avant sa survenance – et prend une dimension normative – par exemple lorsqu'elle précise la nature des changements juridiques qui peuvent susciter un gain d'efficacité, l'augmentation du bien-être ou de la valeur de la production. L'une des principales préoccupations de l'AED se rapporte, ainsi, à la question de l'évaluation économique de l'efficacité du droit.

De ce point de vue, ce courant est fondé sur une approche prédictive des conséquences économiques du droit et relève d'une démarche qui a été qualifiée de « conséquentialiste » (Strowel, 1992 [16]).

L'AED se présente alors comme un projet d'analyse économique qui repose, selon Posner (1987 [14]), sur deux importantes prémisses :

- les agents se comportent comme des maximisateurs de leurs satisfactions lorsqu'ils prennent des décisions comme celles de se marier ou de divorcer, de commettre ou non des actes délictueux ou criminels, de conduire une automobile avec prudence ou non, d'entamer une procédure judiciaire ou de transiger pour régler un différend, etc. ;

- les règles de droit reviennent à imposer un « prix » (sous des formes diverses : sanction pénale, condamnation à indemniser une victime, etc.) aux actions des agents.

• *L'économie du droit des juristes.* – Il est important de signaler que la pratique de l'économie du droit n'est pas, dans le contexte universitaire américain, l'exclusivité des économistes. Les travaux consacrés dans ce champ à l'étude des dimensions économiques du droit sont également le fait de professeurs de droit qui exercent leurs fonctions d'enseignement et de recherche au sein de *law schools*, où ils voisinent fréquemment avec des économistes, professeurs de *Law and Economics*. Même s'ils sont en règle générale assez réticents sur l'idée, défendue par les économistes du droit de l'université de Chicago, de la surdétermination du droit américain par une logique d'efficience, il n'en reste pas moins que les *professors of law* que sont Guido Calabresi à Yale ou Frank Michelman à Harvard sont des protagonistes importants de la pratique de l'économie du droit. Nous pouvons souligner, également, qu'un nombre non négligeable de spécialistes de *Law and Economics* exercent des fonctions de haut niveau au sein de l'appareil judiciaire fédéral (par exemple, Posner et Calabresi sont juges à la United States Court of Appeals).

L'institutionnalisme américain du début du siècle et sa version contemporaine, le néo-institutionnalisme

L'école institutionnaliste américaine du début du siècle a marqué sa différence à l'égard des catégories et des méthodes de l'économie néoclassique (notamment l'individualisme méthodologique et la rationalité parfaite d'agents maximisateurs). Elle offre un regard différent de celui de l'AED sur le droit et son importance économique.

La théorie institutionnaliste portait avant tout sur la dynamique du capitalisme et de ses règles. La pensée institutionnaliste est plurielle – elle se déploie sur les plans philosophique, juridique et économique – et diverse – peu de points communs peuvent, au fond, être trouvés entre les protagonistes, tels Veblen d'une part, Commons et l'école du Wisconsin d'autre part. Néanmoins, un certain nombre de postures communes peuvent être repérées.

- *Une théorie des changements institutionnels.* – On peut relever une préoccupation commune envers les processus de changement qui interviennent dans les systèmes économiques. Sont visés les changements institutionnels, entendus comme des ensembles de règles qui gouvernent la vie des hommes en société, la production collective des richesses, leur distribution, et assurent la perpétuation d'un ordre social changeant. En refusant d'adhérer à la pensée utilitariste et de pratiquer une méthode cartésienne d'analyse des faits sociaux, les institutionnalistes ont développé une économie politique des institutions et de l'économie de marché, dans une perspective génétique et historique. Commons estimait que l'erreur de l'économie politique classique et néoclassique avait été de ne considérer les transactions économiques que sous le seul angle matériel. Ainsi, l'échange ne porte pas seulement sur des choses, mais aussi sur des droits attachés aux biens matériels (tels les droits de jouissance ou d'aliénation), que l'on qualifie de droits de propriété (*property rights*).

La seconde posture commune aux institutionnalistes est relative à la conception de l'ordre social dans une société évolutive. Cette vision de l'ordre social est associée à l'analyse

des institutions, entendues comme des structures de règles qui préviennent la transformation du jeu des intérêts individuels en une guerre hobbesienne et, ainsi, produisent de l'ordre au-delà du conflit. Les institutions sont considérées comme régulant les comportements, comme assurant la « sécurité des anticipations », à défaut de laquelle la coopération nécessaire dans un monde de dépendance mutuelle et d'incertitude ne serait pas assurée. L'ordre social n'est considéré ni comme le corollaire de l'ordre économique du marché, ni comme spontané, mais comme le produit de l'action collective, des processus politiques et juridiques par lesquels des droits et des obligations réciproques entre individus sont créés et mis en œuvre (Bazzoli et Kirat, 1997 [78]).

Or, faire des arrangements institutionnels – et non de l'allocation efficiente des ressources – l'objet de l'économie politique revient à refuser l'économie pure et à montrer la nécessité d'une articulation du droit, de l'économie et de l'éthique. La vision de la régulation juridique de la société en général, des processus économiques en particulier, est articulée à une conception de l'ordre institutionnel et à une analyse du pouvoir. C'est en effet d'institutions que les pouvoirs d'attribution de droits procèdent : les parlements, l'administration, les juges judiciaires, etc. Or, les droits ont toujours pour corrélats des limites à l'exercice d'autres droits ou la création de victimes de leur exercice. Pensons par exemple à l'attribution d'un droit de construire une voie de chemin de fer, qui constitue corrélativement une attribution de préjudices, subis par les propriétaires fonciers soumis à une procédure d'expropriation.

Les tenants de l'institutionnalisme considèrent les droits comme des intérêts juridiquement protégés. La définition des intérêts qui méritent protection – et, corrélativement, des intérêts sacrifiés – relève de processus juridiques, législatifs, réglementaires et judiciaires. Elle met également en jeu l'analyse du pouvoir et des valeurs sociales (Medema, Mercurio et Samuels, 1998 [85]).

• *L'interrelation entre le droit et l'économie.* – Les économistes institutionnalistes, en particulier Commons, ont participé, dans les années vingt et trente, à une entreprise de

transformation de l'environnement intellectuel relatif à la connaissance du droit. Ils ont été associés à un mouvement d'émancipation de l'emprise du formalisme juridique et de la recherche d'une logique interne de la jurisprudence, portées par Langdell à la *law school* de Harvard depuis la fin du XIX^e siècle. Des juristes comme Holmes, Pound, des philosophes comme Peirce, des économistes comme Commons ou J.M. Clark, ont entrepris de saisir le fonctionnement social et les effets produits par le droit. Les courants de la *sociological jurisprudence*, puis du *legal realism*, en ont été l'expression (Duxbury, 1991 [90]).

Commons ou Clark ont analysé les réalités sociales, économiques et juridiques de leur temps en considérant les choses telles qu'elles sont, et non pas telles qu'elles auraient pu être. Cela signifie que ces auteurs n'élaboraient pas leurs théories à partir de catégories d'analyse formelles (telles que le contrat ou la propriété), mais sur la base de catégories réalistes. L'attachement de Commons au pragmatisme philosophique l'a conduit à considérer que les concepts juridiques n'ont pas de sens préétabli, mais que leur sens varie selon le contexte et le but (Friedmann, 1965 [120]). La référence constante aux définitions des catégories de l'économie et du droit données par les juges de la Cour suprême fédérale des États-Unis témoignait de cette préoccupation. Commons discutait longuement des définitions de la propriété données par la Cour suprême et estimait que seules ces définitions empiriquement établies comptaient pour l'observateur de l'évolution du capitalisme. Ainsi, Commons montrait l'importance pratique de l'évolution de la définition de la propriété donnée par la Cour suprême au tournant du siècle. D'abord vue sous l'angle de la valeur d'usage et de la possession de choses, la propriété est ensuite définie en termes de valeur d'échange et de droit à des revenus futurs (arrêt *Minnesota Rate Case*, 1890). Les enjeux pratiques de cette modification judiciaire de la notion de propriété se situaient alors dans la légalité et les modalités de la réglementation des activités économiques, notamment des monopoles et des services publics. Sous le régime de la propriété comme valeur d'usage, il était considéré que la réglementation des prix des entreprises concernées ne constituait pas une privation de la propriété, celle-ci se limitant à l'usage des choses. Il en

résultait que la réglementation des prix relevait de la compétence exclusive des États au titre de leur pouvoir de police et n'entrait pas dans le champ du quatorzième amendement de la Constitution fédérale de 1867 (qui précise que personne ne saurait être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens en dehors des « voies légitimes du droit », sans *due process of law*). L'adoption de la définition de la propriété comme valeur d'échange et droit à des revenus futurs allait changer cette conception et faire entrer la réglementation des prix dans la catégorie des actions limitatives de la propriété et, ainsi, établir la compétence de la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire de la réglementation des monopoles et des entreprises affectées d'un intérêt public.

- *Une Law and Economics institutionnaliste.* – La tradition institutionnaliste a perduré jusqu'à nos jours. Elle est réactualisée par des auteurs qui se qualifient de néo-institutionnalistes (G. Hodgson, N. Mercuro, W. Samuels...). Dans le domaine de la *Law and Economics*, cette tradition institutionnaliste modernisée se caractérise par trois prémisses : *a)* l'économie n'a pas d'existence indépendante ou donnée ; *b)* sa compréhension suppose une approche évolutionniste centrée sur la multiplicité et la complexité des processus de changement et d'ajustement, ainsi que sur le rôle qu'y joue l'action collective ; *c)* cette approche repose sur un réalisme philosophique qui devrait conduire à étudier les pratiques effectives des agents dans leurs transactions et à se centrer sur le droit tel qu'il est (Samuels, 1994 [87]).

L'existence d'une *Law and Economics* institutionnaliste est affirmée par les tenants de ce courant (par exemple Medema, Mercuro et Samuels, 1998 [85]), mais elle semble relever davantage de positions théoriques sur les limites de l'analyse microéconomique du droit et les mérites d'une perspective institutionnaliste que d'une démonstration de la valeur opératoire de ce courant en termes d'intelligibilité d'objets juridiques. L'*Institutional Law and Economics* contemporaine, dont le centre de gravité se situe à la Michigan State University, s'apparente actuellement à une théorie globale des

ressorts juridiques du système économique, qui perd de vue, paradoxalement, la production d'analyses empiriques.

La nouvelle économie institutionnelle et l'économie des coûts de transaction

La nouvelle économie institutionnelle (NEI), dont le plus célèbre pionnier est Oliver E. Williamson, revendique une démarche consistant à identifier les mécanismes qui sous-tendent la constitution, dans les activités économiques, d'arrangements institutionnels au sein desquels se réalisent les transactions. L'accent est mis sur la diversité des formes de transactions, dont un cas particulier est celui, bien connu, de la théorie néoclassique « standard », de l'échange impersonnel et au comptant entre des parties anonymes.

- *Les supports juridiques des structures de gouvernance des transactions.* – Deux formes polaires d'arrangements institutionnels (ou de « structures de gouvernance ») sont mises au jour : le marché et l'organisation interne, c'est-à-dire l'entreprise intégrée qui « fait » et renonce à « faire faire ». L'existence de coûts de transaction est déterminante dans le choix d'une structure de gouvernance ; ils représentent les coûts du recours au marché, liés à la recherche d'informations ou de fournisseurs, à la négociation, au contrôle du comportement du partenaire, à la surveillance du respect des obligations contractuelles, aux procédures contentieuses, etc. Entre ces deux formes polaires, une grande variété de « formes hybrides », qui mêlent des dimensions de marché et organisationnelles, sont repérées : les réseaux de franchise, les relations partenariales entre donneurs d'ordres et sous-traitants, plus généralement les différentes modalités des relations de coopération interentreprises. Ces formes de coordination conjuguent des aspects marchands (l'autonomie des partenaires, l'établissement d'accords sur les prix et les quantités des biens échangés) et des dimensions organisationnelles (en termes d'incitation et de contrôle, voire de coopération fonctionnelle) (Baudry, 1995 [93]).

L'économie des coûts de transaction pose la question des règles juridiques en tant que support des transactions, sous le régime des différentes structures de gouvernance. Elle s'intéresse essentiellement au droit des contrats, en insistant sur la dimension relationnelle des pratiques contractuelles des entreprises et sur leur efficacité en termes de réduction des coûts de transaction (par exemple, par la mise en œuvre de contrats qui prévoient des dispositions destinées à prévenir l'opportunisme d'un partenaire). Finalement, la NEI pose le problème de l'efficacité des règles non pas en termes d'efficacité allocative, mais d'efficacité procédurale : le droit des contrats est vu comme le support des actions d'agents dotés d'une rationalité limitée, qui cherchent à stabiliser et à sécuriser leurs relations, au cours du temps, dans un environnement changeant et non appréhendable *a priori* (sur la nouvelle microéconomie des organisations, voir Cahuc, 1998 [151]).

• *Droit des contrats et structures de gouvernance.* – Williamson bâtit l'édifice de sa théorie transactionnelle sur trois piliers : l'économie, le droit et la science des organisations. Il revendique une approche intentionnaliste – et non de dogmatique juridique – du droit des contrats, pour montrer que chaque forme générique d'organisation est sous-tendue et définie par une forme particulière de contrat. Il précise cette conception en empruntant au sociologue du droit Ian Macneil la distinction entre :

– le droit « classique » des contrats (*classical contract law*), qui sous-tend les transactions fondées sur des accords clairs et qui débouchent sur des résultats conformes en tout point à ces accords. Ces contrats entrent dans un cadre strict de règles juridiques ; le règlement judiciaire des conflits entre les parties repose plus sur le contenu formalisé des accords que sur les dimensions non formalisées de la relation contractuelle. Les solutions judiciaires aux conflits débouchent sur des réparations monétaires à l'avantage de la partie lésée. La lettre prévaudrait sur l'esprit du contrat ;

– le droit « néoclassique » des contrats (*neoclassical contract law*) ; ce régime concerne les transactions dont la continuité est source de valeur ajoutée, c'est-à-dire les relations

dans lesquelles les parties sont dans un rapport de dépendance bilatérale. Williamson explicite la nature de ce type de *contract law* en reprenant la conception défendue par le juriste-sociologue du droit Karl Llewellyn en 1931, qui faisait du contrat un « cadre de référence ». Dans les termes de Llewellyn, il s'agit « d'un cadre fortement ajustable, un cadre qui dessine un repère grossier autour duquel de telles relations contractuelles se déploient, ainsi qu'un guide occasionnel qui sert en cas de doute, et une norme de recours ultime lorsque ces relations cessent de fonctionner harmonieusement entre les parties » (cité par Williamson, 1994 [99]).

Les mécanismes d'arbitrage privé – c'est-à-dire les procédures non juridictionnelles de règlement des conflits entre contractants – sont jugés par Williamson plus fréquents et plus souhaitables que le recours aux tribunaux, du fait que le sens du « contrat néoclassique » dépend plus de son esprit (du cadre de référence) que de sa lettre. En d'autres termes, il s'agit de relations contractuelles pour lesquelles des arrangements privés, dans un cadre relativement plastique, sont pratiqués en cas de différend. Le traitement juridictionnel n'est pratiqué qu'en dernier recours ;

– le contrat « personnalisé », de « tolérance » (*forbearance*) qui serait lié à un droit implicite des contrats dans une organisation interne. Il s'agit là d'une forme de régulation « administrative » des différends entre membres d'une organisation, largement assise sur des relations d'autorité. La résolution des conflits au sein de l'entreprise intégrée s'opère hors de toute procédure judiciaire.

L'usage que fait Williamson des conceptions du contrat développées par Macneil s'explique par la volonté du premier d'établir une théorie des pratiques contractuelles relationnelles (*relational contracting*) qui se déploient dans la durée, à la différence des contrats d'échange au comptant avec lesquels la théorie économique est traditionnellement plus familière.

• *L'équipement juridique des relations économiques.* – L'économie des coûts de transaction permet d'éclairer les performances des relations contractuelles à la lumière des

propriétés du régime juridique auquel elles se rapportent, ce qui revient à saisir ces relations dans leur matrice institutionnelle.

Cette voie, suivie par Scott Masten (1991 [96]) dans le prolongement des thèses de Williamson, permet d'entrer davantage dans la boîte noire du régime juridique des relations économiques, d'échange de biens et d'emploi des salariés, c'est-à-dire de l'équipement juridique des différentes structures de gouvernance. Selon Masten, déterminer si l'entreprise est une alternative au marché suppose de montrer que des différences fondamentales les opposent. Dans l'affirmative, il convient alors de préciser comment ces différences influent sur les mécanismes d'incitation *dans* et *entre* les entreprises. Le corps de règles juridiques applicables à une relation contractuelle, selon qu'elle est associée à une relation d'échange sur le marché ou à une relation d'emploi, offre des garanties, des possibilités d'incitation et de sanction, qui ne sont ni identiques ni substituables.

L'autorité est en effet spécifique à la relation d'emploi. Elle n'est pas négociée par les parties et n'a pas d'équivalent dans les relations d'échange de biens ou services. En somme, le droit ne traite pas de la même manière les relations internes à l'organisation et les relations de marché. Si les relations contractuelles d'échange sur les marchés et la relation d'emploi au sein de l'entreprise sont de natures différentes, c'est notamment parce que les règles juridiques applicables aux transactions commerciales et à la relation d'emploi sont irréductibles les unes aux autres.

Le choix d'une forme d'organisation est, par conséquent, influencé par les ressources qu'offrent les corps de règles applicables à la forme choisie. L'économie des coûts de transaction ouvre la voie de l'analyse des ressorts juridiques de la coordination par les règles dans les organisations.

Les méthodes des sciences juridiques

Les débats des juristes sur les relations entre la logique juridique et la logique économique apparaissent explicitement

Posner et Williamson : deux regards sur le droit

Les positions de Williamson – voire de Coase lorsqu’il publie en 1937 son étude *La Nature de la firme*, qui constitue le socle de la nouvelle économie institutionnelle – sur le rapport au droit ne sont pas rigoureusement les mêmes que celles qu’adoptent les théoriciens de l’école de Chicago, dont Posner.

Il est significatif que Posner estime que l’économie des coûts de transaction de Williamson suit une orientation singulière par rapport à celle tracée en économie par l’AED. Posner admet en effet que les deux approches se recourent sur un certain nombre de points, comme l’intégration verticale ou les contrats à long terme (Posner, 1993 [97]). Cependant, ce recoupement ne dissimule pas des différences entre les objets respectifs de ces courants. Si Williamson présente le droit comme l’un des trois piliers de sa théorie, il ne se rattache pas au courant de l’AED. En effet, alors que

l’AED se focalise essentiellement sur la question de la définition des règles juridiques aptes à satisfaire à un critère d’efficacité économique dans les relations entre les individus, la théorie transactionnelle s’attache à dévoiler les caractéristiques des relations contractuelles nouées dans et entre les organisations. Si la première raisonne en termes d’efficience allocative, la seconde pose le problème des performances des formes juridiques des relations contractuelles en termes procéduraux. Enfin, alors que la règle juridique est pour l’AED un objet que les outils de la théorie microéconomique peuvent rendre intelligible, voire peuvent perfectionner, l’économie des coûts de transaction considère la règle juridique (envisagée sous l’angle du droit des contrats) comme un concept dont la prise en compte permet d’enrichir la compréhension des formes d’organisation industrielle.

(mais pas exclusivement) dans les nombreux travaux consacrés à la notion de droit économique.

Cette notion mérite d’être explicitée, dans la mesure où elle tente d’organiser un dialogue entre l’économie et le droit, même si elle peut *a priori* faire craindre un risque de dissolution de l’une des disciplines dans l’autre : le droit économique serait du droit avant d’être économique ; il serait le commentaire, interne à la discipline, des règles juridiques qui ont un objet économique.

Par ailleurs, le problème de l’interface entre le droit et l’économie est également touché dans les développements de la pensée juridique, qui relèvent respectivement de la théorie et de la sociologie du droit.

La notion de droit économique ne fait pas l'objet d'une définition stable et unanimement admise.

• *Droit économique ou droit de l'économie ?* – Dans leur ouvrage intitulé *Le Droit économique*, A. Jacquemin et G. Schrans (1982 [113]) posent en ces termes les relations entre l'ordre juridique et le système économique : « L'ordre juridique affecte le système économique existant et en est affecté. Le fonctionnement harmonieux d'un système économique déterminé requiert un certain nombre de règles de droit qui assurent l'appropriation et l'usage des facteurs de production, des produits et des services. En sens inverse, tout ordre juridique a des répercussions, recherchées ou non, sur le système économique qu'il encadre, régit ou normalise. »

En plaçant l'accent sur les relations à double sens entre le système économique et l'ordre juridique, ces auteurs mettent en garde contre une confusion possible entre « droit de l'économie » et « droit économique ». Selon eux, le droit de l'économie est une notion « descriptive ». Elle désigne un ensemble de règles de droit qui s'appliquent à l'activité économique. À l'inverse, ils associent l'expression « droit économique » à une notion « qualificatrice », qui insiste sur la nécessité d'une « approche interdisciplinaire qui transforme la règle de droit ». Dans la définition de ces auteurs, l'ambition du droit économique serait de fournir un cadre d'analyse des relations entre l'évolution des régimes juridiques et les transformations de l'économie : « Le droit économique n'est pas une nouvelle matière juridique, mais une nouvelle optique vis-à-vis de matières traditionnelles. [...]. C'est une qualification du droit, le droit vu dans ses conséquences économiques, ou une façon "de prendre le droit en considération" » (Jacquemin et Schrans, 1982 [113]).

Pris sous cet angle, le droit économique se situe à proximité immédiate de l'économie du droit. Il s'en différencie par ses objets principaux, en particulier l'entreprise et la concurrence – qui ne participent pas du noyau dur de l'économie du droit –

ainsi que par une méthode davantage institutionnelle que celle de cette dernière discipline.

D'autres spécialistes voient dans le droit économique un droit organisateur de l'économie et des marchés (Farjat, 1992 [107]). Farjat s'interroge sur le fait de savoir si le droit économique est ou non une « notion antilibérale ». De son point de vue, il s'agit bien d'un droit de l'organisation de l'économie, au sens où il ordonne les rapports entre les agents privés, les pouvoirs publics et où il structure un espace de collaboration entre personnes publiques et personnes privées.

• *Le droit économique, un outil de compréhension des modalités institutionnelles et procédurales de régulation de la concurrence.* – Le droit de la concurrence constitue le noyau dur du droit économique. Du point de vue de l'économiste, une perspective de droit économique permet d'élaborer une représentation plus fine des mécanismes concrets de régulation ou d'organisation de la concurrence dans différents systèmes économiques et institutionnels.

Le droit de la concurrence se fonde en effet sur des règles, en général législatives, qui donnent les principes directeurs du maintien d'un ordre économique concurrentiel : qu'il s'agisse en France des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la création du Conseil de la concurrence, des lois fédérales américaines comme le *Sherman Act*, le *Clayton Act* ou le *Hart-Scott-Rodino Act*, des articles 85 et 86 du traité de Rome, du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations, tous ces textes établissent des règles générales, souvent complétées et précisées, tant sur le fond que sous l'angle procédural, par d'autres textes ou organes. C'est le cas, par exemple, lorsque la *Federal Trade Commission* et l'*Antitrust Division* du *Department of Justice* américains élaborent des recommandations en matière de contrôle des fusions, sous la forme de *Merger Guidelines*.

La mise en œuvre du droit de la concurrence n'est donc pas simplement une affaire d'application des lois. C'est aussi un travail d'interprétation des règles, de création ou de découverte de règles nouvelles, qui se fonde sur les lois mais n'est pas

entièrement contenu en elles. Les services de l'administration, les juridictions civiles et administratives, les organes spécialisés comme les autorités administratives indépendantes interviennent et se combinent, selon des ordonnancements différents selon les pays, dans une mise en œuvre active, voire créative, du droit de la concurrence.

• *La question clé de l'interprétation de la règle de droit économique.* – L'architecture institutionnelle du droit de la concurrence fait intervenir des autorités dotées de pouvoirs, de compétences et d'une rationalité spécifiques. La mise en place et l'interprétation de ce que Jacquemin (1978 [114]) appelle la règle de droit économique peuvent être réalisées suivant plusieurs modalités (Jacquemin et Schrans, 1982 [113]) :

– par une autorité administrative qui agit de manière autonome, mais dont les décisions sont susceptibles de recours devant une juridiction civile ou administrative (par exemple la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes) ;

– par une autorité administrative, au vu d'un avis motivé préalablement formulé par un organe expertal consultatif (*Monopolies Commission* en Grande-Bretagne) ;

– par le pouvoir judiciaire, au vu d'un avis motivé établi par un organe expertal consultatif (ancienne Commission technique des ententes et des positions dominantes en France) ;

– par le pouvoir judiciaire, qui agit de manière autonome ;

– par un organisme administratif détenteur de pouvoirs de décision limités, mais qui « dispose, en revanche, d'une importante force de dissuasion (c'est le cas, par exemple, de la Commission bancaire en Belgique) » (Jacquemin et Schrans, 1982 [113]).

L'importance pratique de ces distinctions tient au fait que « suivant les schémas utilisés, les modes d'interprétation du droit économique seront fort différents. Seront déterminants la composition des organismes chargés de l'application concrète des règles du droit économique, leur familiarité avec les exigences de l'efficacité économique et avec la mission instrumentaliste du droit, leur degré d'indépendance à l'égard des pouvoirs économiques publics ou privés, etc. En ce qui

concerne les juridictions civiles et administratives appelées à appliquer le droit économique, l'interprétation sera également influencée par la nature du pouvoir juridictionnel qui leur a été accordé » (Jacquemin et Schrans, 1982 [113]).

• *L'intervention du magistrat et l'expertise économique en droit de la concurrence.* – Une comparaison entre la France et les États-Unis montre la place beaucoup plus grande qu'occupe le juge judiciaire dans le second pays que dans le premier.

En France, depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la mise en œuvre du droit de la concurrence incombe au Conseil de la concurrence, que ce soit pour prendre des décisions relatives aux pratiques d'entreprises dont il est saisi ou pour formuler des avis consultatifs à la demande du ministre chargé de l'Économie en matière de concentration, ou sur tout autre sujet relevant de sa compétence à la demande d'autres agents (tels que les collectivités territoriales ou les organisations professionnelles).

L'ordonnance de 1986 prévoit dans son article 12, depuis un décret de 1987, que le recours en annulation ou en réformation des décisions du Conseil s'exerce devant la cour d'appel de Paris. Les arrêts de cette dernière sont susceptibles de pourvois devant la Cour de cassation. Certes, le Conseil de la concurrence s'apparente à un organe composé d'experts, qui se situe à la frontière des juridictions ordinaires. Mais les juridictions civiles sont également présentes sur le terrain de l'application du droit de la concurrence.

Dans cette architecture institutionnelle, l'évaluation économique des pratiques d'entreprises est du ressort du Conseil de la concurrence. La démarche des rapporteurs, aux niveaux de l'enquête et de l'instruction des cas, consiste sur le fond en une analyse économique approfondie de la pratique incriminée et, à cette occasion, du marché concerné. Le Conseil examine les effets de la pratique visée sur la concurrence dans le secteur et procède à un bilan économique de l'opération, qui consiste à mettre en rapport les éventuels effets restrictifs de concurrence et les gains d'efficience statique et dynamique qu'elle autorise.

Mais si l'intervention du Conseil de la concurrence se place principalement sur le plan de l'analyse économique, la Cour

Le Conseil de la concurrence

D'après Blaise et Jenny, 1995 [100]

Institué par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, le Conseil remplit deux grandes fonctions :

– il sanctionne les pratiques anti-concurrentielles – dont il est saisi ou dont il se saisit *in rem* – visées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance ; les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions (art. 7), les abus de position dominante et les abus d'exploitation d'un état de dépendance économique (art. 8). Sont exclues du champ d'application des articles 7 et 8 un certain nombre de pratiques visées par l'article 10, notamment celles qui contribuent au « progrès économique » ;

– il formule un avis consultatif sur les projets de concentration que lui soumet le ministre chargé de l'Économie. La demande d'avis ne revêt pas de caractère obligatoire ; elle reste à la discrétion du ministre (art. 38).

Le Conseil est doté d'un pouvoir autonome de sanction, qui ne s'applique pas au contrôle des concentrations. Il est compétent en matière de

contrôle des comportements, mais pas en matière de contrôle des structures.

La saisine du Conseil s'opère suivant plusieurs voies : par le ministre, par les entreprises et par autosaisine. La faculté de saisine dont disposent les entreprises paraît constituer un facteur non négligeable de l'efficacité du Conseil en termes de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles. La saisine d'office du Conseil et sa pratique des rapports entre l'acte de saisine et le champ des poursuites attestent que le Conseil procède *in rem* : il s'estime saisi « du fait », ce qui signifie qu'il se trouve saisi à l'occasion d'un litige, et non pas d'un litige dont les termes s'imposeraient à lui et fixeraient les limites de sa mission. Il peut en effet se saisir de pratiques qu'il découvre au cours de l'enquête et de l'instruction d'un dossier, même si celles-ci ne figurent pas dans l'acte de saisine. Sa pratique atteste du fait qu'il ne vise pas tant à assurer la police des comportements qu'à maintenir un état concurrentiel sur un marché ou un ensemble de marchés.

d'appel de Paris met en œuvre une rationalité différente, non plus économique, mais juridique et procédurale. Les conseillers de cette juridiction n'interviennent pas en tant qu'économistes, compte tenu de leurs compétences et de leurs missions. Les décisions de réformation, d'annulation ou de confirmation qu'ils prennent se fondent sur les règles de droit, sans prendre parti dans un débat purement économique.

Le cas des États-Unis est intéressant à mettre en contraste avec le cas français, dans la mesure où la place du pouvoir judiciaire dans l'application du droit antitrust est de premier plan. Elle est l'affaire de trois autorités fédérales : le ministère de la Justice (DOJ : *Department of Justice*), une commission administrative indépendante (la FTC : *Federal Trade Commission*), instituée par le *Federal Trade Commission Act* en 1914, et la Cour suprême fédérale. Le DOJ, en tant qu'organe du pouvoir exécutif, ne possède pas de pouvoirs juridictionnels. En revanche, la FTC est dotée d'instances juridictionnelles propres qui lui permettent de prendre des décisions, susceptibles d'appel devant la même FTC. Elle tient lieu, à ce titre, de juridiction de premier et de second degré. Mais le pouvoir le plus étendu en matière d'antitrust est celui de la Cour suprême fédérale. Or, les juridictions civiles américaines sont, dans une très large mesure, ouvertes à la pénétration de l'analyse économique dans la mesure où les règles de fond applicables en l'espèce sont d'un grand degré de généralité et où, surtout, le débat de fond devant le tribunal met en jeu des argumentaires économiques présentés par les experts des parties en présence.

La théorie du droit et l'instrumentalisation du droit dans la régulation de l'économie

Les politiques publiques, notamment celles qui expriment des orientations de politique économique, traduisent en instruments juridiques les choix économiques des pouvoirs publics : la politique de l'emploi, la politique du logement, la politique de l'environnement, etc. sont mises en forme par des voies juridiques, notamment législatives et réglementaires. Les lois et règlements qui ont des visées économiques (de réduction du chômage, d'aménagement du territoire, etc.) et offrent des instruments (exonération de charges sociales, incitations fiscales, etc.) sont pensés comme devant transformer le comportement des acteurs économiques. La montée en puissance de l'usage de la loi comme outil de résolution des problèmes économiques et sociaux a été largement commentée, souvent critiquée, et se trouve au centre des débats sur la

question de l'effectivité (ou de l'ineffectivité) du droit (Rangeon, 1989 [134]).

Dans le même ordre d'idée, l'usage de la loi comme instrument de pilotage de l'économie est fréquemment considéré comme le signe d'un changement de la nature de la régulation juridique. Celle-ci serait marquée par l'avènement d'un droit « post-moderne » qui relèverait d'une procéduralisation croissante (Lenoble et Berten, 1996 [159]). Ce mouvement manifesterait le déclin du droit étatique « dur » et le retrait (relatif) des institutions centrales de la régulation juridique (gouvernement, Parlement, appareil juridictionnel) au profit d'autres organes non étatiques (les comités de déontologie, les organisations professionnelles) ou se situant à la périphérie de l'État (comme les autorités administratives indépendantes). La montée en puissance de ces instances non étatiques témoignerait de l'émergence du pluralisme juridique ou, du moins, d'un pluralisme normatif.

Le développement de formes nouvelles de la régulation juridique – sous la forme d'un droit plus procédural que substantiel, plus négocié qu'imposé par la puissance publique – est débattu autour de la notion de procéduralisation du droit. Cette notion est diversement appréciée. Pour certains théoriciens du droit comme Teubner, elle témoigne de l'ouverture du sous-système social qu'est le droit à une communication avec d'autres sous-systèmes sociaux (la culture, l'économie) ; pour d'autres, elle renvoie à la « dés-étatisation » de l'élaboration des normes juridiques, l'État se limitant à la fourniture du cadre procédural dans lequel les règles de fond sont construites par leurs destinataires, notamment dans le domaine de l'élaboration de la réglementation économique (De Munck et Lenoble, 1996 [152]).

La sociologie du droit et les relations droit-économie

Les relations du droit et de la sociologie du droit sont traditionnellement dans une relation de voisinage peu paisible. La science juridique, qu'elle ait été dogmatique ou « sociologique », a soit rejeté la sociologie du droit comme extérieure au système juridique dans le premier cas, soit pensé prendre sa

place dans la compréhension des rapports droit-société dans le second. La position des spécialistes du droit quant à la sociologie juridique a été, en France, fixée par la vision donnée par Jean Carbonnier : « Entre le droit dogmatique et la sociologie du droit, la différence ne tient pas à l'objet : c'est une différence du *point de vue*, d'*angle de vision*. Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors » (Carbonnier, 1994 [118]).

C'est donc une différence de position de l'observateur qui dessine la ligne de partage entre le droit et la sociologie du droit. Le spécialiste du droit se tiendrait à l'intérieur du système juridique, sur lequel il pourrait agir par le biais de la doctrine, alors que le sociologue, étant placé à l'extérieur de ce système, serait condamné à n'en saisir que l'apparence, sans pouvoir accéder à la « profondeur ontologique » du droit ni, *a fortiori*, « en influencer le fonctionnement ».

Le paysage de la sociologie du droit se composerait, d'après les spécialistes (Serverin, 1996 [142]) de deux grandes perspectives : celle du pluralisme juridique légué par Georges Gurvitch et celle de la sociologie compréhensive du droit de Max Weber.

- *La sociologie pluraliste du droit : pluralité des ordres juridiques et relations droit-économie.* – Le cœur du pluralisme juridique réside dans l'idée que le droit ne tient pas tout entier dans le droit de l'État, mais s'alimente à des sources multiples, dans les communautés et groupements humains (la famille, les communautés locales, les entreprises...) qui produisent leur système normatif et leurs procédés de régulation « juridique ». La vision « politique » du pluralisme juridique développée jadis par Gurvitch (1931 [125]) a progressivement laissé la place à d'autres perspectives. Parmi celles-ci, citons la vision « psycho-sociologique » de Carbonnier de l'« infra-droit » ; la vision des procédés non juridictionnels de règlement des litiges selon laquelle c'est la communauté qui trouverait en elle-même les supports de la gestion des conflits ; enfin, la vision des « contrats relationnels » dans les pratiques économiques.

Cette dernière lecture se place dans le registre d'une sociologie du droit centrée sur les rapports entre le droit et les

pratiques économiques. Elle a été développée aux États-Unis (notamment par S. Macaulay et I. Macneil) et connaît un certain succès dans une interprétation qui fait du contrat un « vecteur du pluralisme juridique » (Belley, 1996 [124]). Ce courant, qui s'appuie sur la théorie de l'internormativité, analyse la manière dont les acteurs économiques du monde des affaires gèrent leurs relations contractuelles. Macaulay (1963 [95]) a relevé que les hommes d'affaires ne planifient pas dans le détail leurs relations contractuelles et, surtout, recourent rarement aux sanctions légales ou au droit étatique pour ajuster ces relations ou transiger en cas de différend. Les pratiques contractuelles dans le monde économique seraient déconnectées de l'ordre juridique étatique. Elles seraient également autorégulatrices, car fondées sur des règles de comportement partagées (tel le respect des engagements quoi qu'il advienne au cours du contrat). Le monde des affaires produirait ses propres règles, à côté du droit de l'État. Il serait une manifestation du pluralisme juridique, dont une illustration est donnée par J.-G. Belley dans son analyse des pratiques contractuelles nouées entre une grande entreprise québécoise et ses fournisseurs. La thèse défendue par cet auteur est plus radicale que celle qui admettait le pluralisme juridique comme une multiplicité d'ordres normatifs placés sous le régime du droit étatique. Cette version du pluralisme pensé en référence à une organisation hiérarchique, au sein de laquelle le droit étatique contrôle en dernier recours les ordres juridiques, est contestée par J.-G. Belley au nom d'une vision horizontale des ordres juridiques et de leur coexistence.

Cette orientation de la sociologie du droit se caractérise par sa proximité avec l'économie et les pratiques de gestion des relations contractuelles entre organisations. Elle offre une pensée non dogmatique sur les interférences entre le droit et l'économie, mais elle conduit souvent à rejeter le droit et la règle juridique. En d'autres termes, dans la version qu'en donne la théorie de l'internormativité des contrats, le monde des affaires se passe du droit étatique. Signalons toutefois que d'autres courants d'analyse de la sociologie du droit qui font usage du pluralisme juridique le mettent au service d'une vision moins radicale de la coexistence des ordres juridiques.

Par exemple, les analyses de l'entreprise comme système normatif proposées par Teubner posent la question de la personnalité juridique de l'entreprise, entendue comme acteur corporatif, et de sa responsabilité sociale au regard des intérêts sociaux qu'elle met en jeu. Plus généralement, la perspective suivie par Teubner est guidée par l'idée de l'accès du droit postmoderne au stade de la réflexivité, après avoir été dans l'histoire dominé par la rationalité formelle puis par la rationalité matérielle (Teubner, 1994 [137]). Cette thèse aborde les rapports droit-économie sous l'angle de relations entre sous-systèmes sociaux relativement autonomes. Le sous-système du droit n'envahit pas l'économie sur la base d'une rationalité formelle ou d'une rationalité matérielle, mais sur celle d'une orientation procédurale, en créant non pas des règles de conduite, mais des normes d'organisation, de procédure et de compétence destinées à favoriser une régulation indirecte et abstraite de l'autorégulation sociale (Teubner [137], chapitre 1).

• *Regards de sociologie wébérienne sur le droit et l'économie.* – La sociologie compréhensive de Max Weber est nettement marquée par la question des rapports entre l'ordre juridique et l'ordre économique. Le rapport droit-économie vu par Weber est un élément de sa sociologie compréhensive, qui vise à rechercher le sens de l'activité sociale, en dégagant les significations produites par les acteurs dans leurs activités sociales. En mettant au cœur de sa démarche le rapport des actions aux règles, Weber considérerait que l'ordre juridique ne constitue par tant un « cosmos de normes dont la logique peut établir la "justesse" », qu'un « complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme » (Weber, 1922 [144]). Le droit n'est pas un ensemble de contraintes sur les comportements, mais un ensemble de règles qui constituent le référent à partir duquel se construisent les actions, les interactions, les représentations. La relation entre le droit et l'économie est saisie dans le rapport actif entretenu par les acteurs sociaux avec les dispositions juridiques (Lascoumes et Serverin, 1988 [140]). L'ordre juridique « oriente » les activités dans l'ordre économique en fonction des règles juridiques. « L'ordre économique et l'ordre juridique sont en rapport l'un avec l'autre de

Les points aveugles de la connaissance des dimensions économiques dans la régulation juridique

À la césure entre les domaines économique et juridique, caractéristique du paysage universitaire français, peut être opposée la vigueur des études à la frontière du droit et de l'économie qui prévaut dans les pays de *common law*, mais aussi dans d'autres pays de droit civil, comme l'Allemagne ou la Belgique. Pourtant, en France, des domaines de dialogue et de coopération peuvent être identifiés, qui se rapportent à la place des considérations ou des déterminations économiques dans les pratiques de régulation juridique. Ces domaines peuvent être classés en différents chapitres :

- l'existence et la nature de l'argumentaire économique des juridictions civiles et administratives. Les juridictions ne sont pas, *a priori*, sans fonder économiquement leurs décisions, notamment dès lors qu'elles se rapportent à des litiges dont la matière est économique : litiges liés à des affaires commerciales, à des

conflits du travail, aux marchés publics, aux liquidations ou aux reprises d'entreprises, aux pratiques anticoncurrentielles. Il y a en effet des considérations ou des arguments économiques qui mériteraient d'être repérés et analysés, dans les décisions rendues par les tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, le Conseil de la concurrence, les tribunaux administratifs et le Conseil d'État, mais aussi les juridictions civiles en général ;

- la place du calcul dans la décision aux fins d'évaluation des préjudices subis, d'évaluation des ressources et des besoins, de mesure de l'endettement ;

- l'usage des règles juridiques que font les acteurs économiques (entreprises, employeurs, salariés et syndicats, organisations professionnelles, etc.) dans l'élaboration de leurs plans d'action et de gestion économiques.

la manière la plus intime, à condition que le second soit envisagé non dans son sens juridique, mais dans son sens sociologique, c'est-à-dire dans son application *réelle* [*empirisch*] » (Weber, 1922 [144]).

Une perspective wébérienne revient à questionner les relations entre le droit et l'économie non pas sous l'angle de règles qui constitueraient des contraintes sur les conduites des agents économiques, mais sous celui de la manière dont les acteurs disposent des règles dans des situations d'action elles-mêmes définies par le droit. Elle offre un regard sur la rencontre des acteurs et des règles juridiques dans des

situations d'action dont l'intérêt a été établi en matière de règlement des litiges et de mise en œuvre des politiques publiques (Lascoumes et Serverin, 1988 [140] ; Serverin, Lascoumes et Lambert, 1987 [143]).

II / L'émergence de l'économie du droit : des traditions contrastées, aux États-Unis et en France

* L'analyse des règles et des institutions juridiques est, dans son principe même, une tradition ancienne de l'économie politique – les économistes de l'école classique anglaise, par exemple, n'ont en effet pas manqué de s'interroger sur les conséquences économiques des lois (pensons aux écrits de David Ricardo sur les *corn laws*). Mais elle n'est devenue un objet singulier de l'analyse économique qu'au tournant du xx^e siècle. Le domaine de prédilection de l'analyse des dimensions juridiques des activités économiques a été, initialement, celui du droit antitrust. Les économistes institutionnalistes américains se sont engagés dans l'étude des ressorts juridiques du capitalisme américain, les tenants du marginalisme dans celle de la fiscalité ou des monopoles naturels. Mais la constitution de l'économie du droit comme champ particulier de la science économique s'est opérée plus tardivement, aux alentours de 1960, grâce à l'initiative d'économistes de l'université de Chicago.

La situation de la France est singulière. L'économie du droit ou, du moins, une pratique interdisciplinaire d'enseignement et de recherche à l'interface du droit et de l'économie ne s'y sont pas développées, en dépit du voisinage étroit imposé par l'incorporation, jusqu'au début des années soixante, de l'enseignement de l'économie politique dans les facultés de droit.

L'ancienne *Law and Economics* : l'économie et le droit avant Coase

La vision des relations entre les phénomènes économiques et juridiques qu'entretenaient les économistes avant la constitution de la *Law and Economics* moderne exprimait leur conception de l'économie politique, de son objet et de sa méthode. Bien que la première utilisation de l'expression « *Law and Economics* » ait été apparemment le fait d'un économiste institutionnaliste – Commons – en 1925, les tenants du marginalisme n'ont pas été absents des débats sur le droit, en particulier sur le problème de l'intervention publique par voie législative (la *legal policy*). En fait, aussi bien les tenants de la théorie marginaliste que les adeptes de l'institutionnalisme partagèrent une préoccupation pour les possibilités d'accroissement du bien-être social et la justice dans la répartition des richesses par une politique législative et réglementaire volontariste orientée vers une réforme sociale progressiste (Hovenkamp, 1990 [91]).

Les positions des économistes marginalistes sur la legal policy

Un grand nombre de contributions d'économistes américains proches ou pionniers de la théorie de l'utilité marginale, comme J.B. Clark ont été produites au cours de l'ère du mouvement progressiste (la *Progressive Area*, environ 1890-1920). Cette période de développement soutenu de la prospérité économique des États-Unis s'est caractérisée par l'affirmation de projets de réformes sociales, économiques et politiques dirigées vers le contrôle des forces du marché, la protection juridique des salariés et le développement des compétences des pouvoirs au niveau fédéral (voir Kaspi, 1986 [158]).

Les marginalistes étaient beaucoup plus favorables qu'on ne l'a pensé par la suite à une intervention importante de l'État. Par exemple, Thomas N. Carver (1895) a précédé Edgeworth (1897) dans l'utilisation de la théorie de l'utilité marginale pour établir des arguments en termes de bien-être social à l'appui de l'impôt progressif sur le revenu. Un autre économiste

américain, R.A. Seligman, a entrepris de défendre sur des bases marginalistes la légitimité de cette forme d'imposition des revenus.

L'un des précurseurs du marginalisme, J.B. Clark, à l'instar des autres tenants de cette école de pensée, voyait l'objet de l'économie politique non pas dans les choix rationnels d'allocation de ressources rares à des fins alternatives – ce qui sera la définition qu'en donnera Lionel Robbins dans l'entre-deux-guerres –, mais dans l'étude des conditions de la maximisation des richesses dans la société et d'une plus grande justice dans leur redistribution. Le constat de luttes qui désorganisaient le marché du travail, des effets dévastateurs d'une concurrence sans règles et du développement des monopoles fut au point de départ d'arguments marginalistes en faveur de réglementations établies par la puissance publique et à l'appui d'autres procédés de régulation économique et sociale, en particulier de la réglementation des monopoles naturels et du contrôle des trusts.

La finalité des thèses marginalistes était de montrer la manière dont le bien-être social pouvait être accru par la législation, en particulier dans le domaine fiscal, considérant que l'utilité marginale d'une somme d'argent donnée a une plus grande valeur pour un ménage pauvre que pour un ménage riche.

Deux points méritent d'être soulignés :

– sur le plan des méthodes, ces économistes ont réalisé leurs contributions avant la « révolution ordinaliste » dans l'analyse de l'utilité, qui a imposé l'idée que si l'on ne peut ni mesurer, ni comparer l'utilité des agents (vision cardinale), il est possible de classer des préférences (vision ordinale). La conception de l'utilité des préordinalistes revenait à considérer que l'on pouvait mesurer le bien-être matériel et procéder à des comparaisons interpersonnelles de l'utilité. L'implication pratique de ces conceptions était qu'elles pouvaient être mises au service de politiques de redistribution de la richesse ;

– sur le plan de la vision du droit, les marginalistes étaient plus attentifs aux interventions et à la politique législatives qu'aux règles de la *common law*. En d'autres termes, ils considéraient que le progrès économique et social, l'augmentation

Le problème de l'utilité et de sa mesure

Au cœur de la « révolution ordinale » de la période de l'entre-deux-guerres, Robbins formula de sérieuses objections à l'égard des croyances antérieures de l'économie marginaliste, notamment à l'encontre de celles qui considéraient l'utilité comme directement mesurable et susceptible de comparaisons interpersonnelles. Cette vision cardinale de l'utilité a été mise à mal par Robbins, qui reprit à son compte la thèse déjà en discussion que l'utilité devait être considérée en termes ordinaux : la mesure de l'utilité n'est pas possible autrement qu'en termes de classement des satisfactions individuelles le long

d'une échelle de préférences. La position de Robbins revenait à considérer que, du fait de l'impossibilité d'agréger les préférences individuelles, l'économiste devait renoncer à résoudre des problèmes économiques pratiques, faute d'un support approprié. L'usage des critères de Pareto, puis de Kaldor-Hicks, peut être considéré comme une réponse aux arguments de Robbins : ils constituent des moyens de résolution de problèmes concrets, sans pour autant nécessiter le recours à la comparaison interpersonnelle de l'utilité (Calabresi, 1980 *in* [3] ; Cooter et Rappoport, 1984 [89]).

du bien-être social étaient susceptibles d'être davantage soutenus par la législation que par les tribunaux.

Les économistes institutionnalistes et l'interdépendance de l'économie et du juridique

Le projet des économistes américains du début du siècle était de construire une « économie institutionnelle » (Bazzoli, 1999 [77]). Ce projet s'est constitué à partir de trois séries d'influences intellectuelles : l'historicisme allemand (Roscher, Schmoller), qui s'est traduit par une démarche historique et critique à l'égard de la pensée formelle et déductive ; la philosophie du pragmatisme (Dewey, Peirce), qui a donné lieu à une méthode empirique de recherche prenant en compte la signification des concepts et des croyances dans la société (voir *supra*, chapitre 1 sur l'exemple de la notion de propriété) ; enfin, l'évolutionnisme non téléologique défendu par Veblen.

Le courant institutionnaliste, qui s'est constitué de manière éparse, se caractérise néanmoins par un intérêt partagé pour le

droit. Les premiers écrits institutionnalistes importants ont été le fait d'économistes qui ont consacré leur attention au droit, comme Henry Carter Adams (*Economics and Jurisprudence*, 1897), Richard Ely (*Property and Contract in Their Relation to the Distribution of Wealth*, 1914), John R. Commons (*Legal Foundations of Capitalism*, 1924, *Law and Economics*, 1925) et de juristes ou sociologues du droit comme Karl Llewelyn (*The Effects of Legal Institutions upon Economics*, 1925) ou Roscoe Pound (*The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 1911-1912).

L'institutionnalisme de Commons se présentait sous trois aspects inséparables : une économie des « trans-actions », une théorie des processus juridiques, une vision du capitalisme et de son enracinement dans des règles d'organisation et de coordination des plans individuels. Les actions individuelles sont en effet inscrites dans des actions collectives, qui produisent des règles (la coutume, les règles d'organisation et de comportement édictées par des groupements professionnels, la *common law*, la Constitution) établissant les fondements des transactions d'échange, de marchandage ou de répartition des richesses. La pensée de Commons et des institutionnalistes sur l'origine du droit est à ce propos originale : le droit n'est ni naturel, ni d'origine divine, ni l'expression d'un contrat social. Il est créé de manière expérimentale, dans un processus continu d'adaptation, par le juge, des règles aux transformations de la vie économique et sociale. C'est là une conception conforme à celle que Holmes défendait en ces termes : « La vie du droit ne procède pas de la logique ; elle procède de l'expérience » (Holmes, 1881 [122]).

• *Le droit, entre intérêts conflictuels et « valeur raisonnable »*. — La position de l'économie institutionnaliste s'inscrit dans un projet de réformisme social, en particulier dans le domaine des relations entre le travail et le capital. Commons considérait que des aménagements institutionnels permettraient de réguler le capitalisme et de l'orienter vers la « raisonnable ». Commons et ses épigones de l'« école du Wisconsin » militèrent en faveur de l'extension, au détriment des pouvoirs législatifs et judiciaires, de l'emprise des

commissions de réglementation, organes de coopération et lieux de compromis entre les intérêts antagoniques des catégories sociales. Ils estimaient néanmoins que l'activité des commissions devait demeurer sous le contrôle de la Cour suprême fédérale, car ils considéraient cette juridiction comme le garant de la « raisonnable », important standard du droit des États-Unis.

Le fait que Commons ait conçu sa théorie institutionnelle « telle qu'elle découle des arrêts de la Cour suprême des États-Unis » (Commons, 1938 [83]) est significatif. L'économie institutionnelle de Commons se présente comme un paradigme alternatif à la pensée utilitariste et marginaliste. Alors que cette dernière est individualiste et postule l'harmonie des intérêts, la théorie institutionnelle est une théorie de l'action collective qui établit le contexte du déroulement des actions privées et qui comprend la nécessité d'intégrer la notion de valeur raisonnable pour « faire cadrer l'application pratique de la science économique avec la Constitution » (Commons, 1938 [83]).

Commons ne postulait pas l'harmonie et la compatibilité des intérêts. Il considérait que les droits attribués par l'ordre juridique – par des autorités légitimes à cet effet – ne s'exercent pas sans limites et ont pour corrélat la création de préjudices. L'attribution de droits relève par conséquent de la compétence d'institutions dotées de la légitimité de restreindre ou de contraindre la liberté individuelle et la propriété privée. Au premier rang de ces institutions, Commons voyait la Cour suprême fédérale, en raison de son attachement, d'une part, à la notion de raisonnable et, d'autre part, à la régularité de la procédure (le *due process of law*) lorsqu'une décision judiciaire est limitative de la liberté individuelle.

- *Une analyse des ressorts juridiques du capitalisme.* – La systématisme avec laquelle les institutionnalistes ont traité du droit, des règles et de l'ordre juridiques est révélatrice de leur intérêt pour l'analyse des ressorts juridiques du capitalisme moderne. Leur refus d'adhérer à la pensée utilitariste, qui faisait de l'homme une machine à maximiser les plaisirs et à minimiser les peines hors de toute espèce de contexte

social ou institutionnel, était le corollaire de leur vision de l'économie institutionnelle. L'objet de celle-ci était l'action collective qui définit les conditions de la possibilité des actions individuelles. Un dénominateur commun aux analyses institutionnalistes résidait dans le rejet de l'économie entendue comme un système physique d'échange de marchandises. Commons écrivait, dans sa critique de la théorie de l'utilité marginale : « Si son homme économique pur [l'homme de la théorie marginaliste] parcourait les rues ramassant des denrées, des vêtements, des chaussures suivant les diverses utilités marginales qu'ils présentent pour lui, il irait en prison. Il doit d'abord négocier avec un propriétaire auquel les gendarmes, les tribunaux et la Constitution donnent le droit de lui refuser ce qu'il désire, mais il ne possède pas, jusqu'à ce que le propriétaire veuille bien consentir à lui vendre son droit de propriété. Il est ainsi *exposé* à la liberté des propriétaires et le fait d'éviter la prison est une part de ce que j'entends par économie institutionnelle » (Commons, 1938 [83]).

Les transactions et les processus économiques, envisagés par Commons comme des *legal-economic nexus*, étaient considérés comme constituant des lieux d'affrontement d'intérêts contradictoires dont la résolution, essentiellement par les tribunaux, était un facteur de création de nouvelles règles. La conception de l'évolution du capitalisme américain défendue par Commons exprimait l'idée que les règles (*working rules*) sont le mécanisme primordial du fonctionnement social des groupements humains. Ces règles, sélectionnées non par l'effet d'un processus de sélection « naturel » (comme dans la thèse de Hayek) mais par celui de la volonté humaine (par une sélection « artificielle »), sont au fondement des relations d'échange, de coopération, de règlement des conflits entre les hommes.

• *Droit et réforme sociale.* – L'enjeu auquel les institutionnalistes étaient alors confrontés tenait à la réforme du capitalisme américain. Leur projet, simultanément théorique et pratique, consistait à promouvoir des transformations dans la répartition du pouvoir économique, à l'assujettir à un contrôle social par le biais du droit et à travailler en faveur de la protection juridique d'intérêts – collectifs et individuels –

nouveaux (ceux des salariés des grandes entreprises capitalistes, des utilisateurs de services publics, etc.). Ils considéraient avec méfiance les mécanismes de la *common law*, au regard des positions fréquemment conservatrices des juges, en particulier dans le domaine du droit du travail. Il n'était pas rare, en effet, que des tribunaux américains s'opposent – grâce à leur pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois – à la mise en œuvre de textes législatifs visant à réglementer la durée du travail salarié, le travail des enfants ou d'autres aspects des conditions de travail. Les juges, dans la plupart des cas, sanctionnaient ces *statutes* au nom de leur incompatibilité avec les principes fondamentaux de la Constitution fédérale, en particulier celui de la liberté contractuelle (Lambert, 1921 [129]).

Même si les méthodes, les représentations des phénomènes sociaux leur étaient spécifiques, les économistes et juristes du courant institutionnaliste avaient perçu et traité à leur manière des phénomènes dont allaient s'emparer, quelques années après, les économistes du droit de l'université de Chicago. Signalons deux problèmes communs à ces courants : d'une part, la nature réciproque des externalités, analysée par Commons puis par Coase (voir *infra*, chapitre III) ; d'autre part, la représentation juridique des intérêts et leur mise en balance dans les procédures judiciaires par les juges.

La naissance de la nouvelle *Law and Economics* à Chicago

En dehors de la perspective institutionnaliste, ce que Posner qualifie d'« ancienne *Law and Economics* » était essentiellement consacré à l'application de l'économie au droit antitrust. Avant la révolution de l'école de Chicago et la constitution de la « nouvelle *Law and Economics* », l'intérêt apporté aux questions de fiscalité, de réglementation des industries de services publics (*public utilities*) ou du marché du travail était loin d'être négligeable, mais l'intersection la plus conséquente du droit et de l'économie se situait dans le domaine de l'antitrust.

Le droit de la concurrence était un objet unanimement admis comme central dans l'analyse économique, et les spécialistes

du droit voyaient les contributions des économistes d'un regard bienveillant (Posner, 1975 [12]) : l'objet du droit antitrust étant le contrôle des monopoles et l'étude de ces derniers relevant de l'analyse économique, « les professeurs de droit ne percevaient pas l'application de l'économie aux lois antitrusts comme menaçante » (Posner, 1975 [12]). La démarche économique consistait essentiellement à faire usage de la théorie des prix pour expliquer les enjeux des conflits en antitrust (Stigler, 1992 [15]).

L'apparition et l'essor de la « nouvelle *Law and Economics* », grâce aux impulsions données par les économistes et les juristes de l'université de Chicago au seuil des années soixante, allaient modifier très sensiblement la manière dont les économistes considéraient le droit : « La marque distinctive de la “nouvelle” *Law and Economics* réside dans l'application des théories et des méthodes empiriques de l'économie aux institutions centrales du système juridique, y compris les doctrines de la *common law* sur la négligence, le contrat et la propriété ; la théorie et la pratique des sanctions légales ; la procédure civile, pénale et administrative ; la théorie de la législation et de la création de règles ; la mise en œuvre du droit et l'administration judiciaire. Alors que l'“ancienne” *Law and Economics* restreignait son attention aux lois relatives à des relations explicitement économiques [...], la “nouvelle” *Law and Economics* n'admet pas de telles restrictions dans le champ de l'analyse économique du droit » (Posner, 1975 [12]).

La création d'un programme de Law and Economics à la law school de l'université de Chicago

La célébration du centenaire de l'université de Chicago en 1992 a été l'occasion d'une relation, par Ronald Coase, des conditions dans lesquelles le premier programme de « nouvelle » *Law and Economics* a été mis en place et de l'esprit dans lequel il a été élaboré.

• *Un cheminement chaotique...* – La constitution de la *Law and Economics* à l'université de Chicago a été impulsée par un

économiste, Henry C. Simons. Initialement appointé par le département d'économie de cette université, il est l'auteur d'un ouvrage intitulé *A Positive Program for Laissez-Faire*, publié en 1934, dans lequel il exposait que la réglementation des chemins de fer et des industries de services publics ayant été un échec économique, il conviendrait de nationaliser les industries pour lesquelles une concurrence effective n'est pas réalisable et de limiter la taille et le nombre d'entreprises présentes dans les autres industries, pour y garantir le maintien de la concurrence et prévenir la constitution de monopoles. Il proposait d'étendre le champ des compétences de la *Federal Trade Commission* au contrôle de la taille des entreprises et de limiter l'importance économique de celles-ci à 5 % de leur marché.

Simons était alors un jeune *assistant professor*, dont les collègues étaient de grands économistes, tels Viner, Schultz, Douglas et, surtout, Frank Knight qui prit, dit-on, Simons en sympathie. Simons s'intéressait à la théorie des prix et à l'économie industrielle, mais surtout à la macroéconomie et à la monnaie. De futurs célèbres économistes de l'université de Chicago, alors étudiants, suivirent ses cours, tels Milton Friedman et George Stigler, qui reconnurent l'influence que Simons a exercée sur eux.

Simons connut une carrière universitaire heurtée. Il ne fut promu au grade de professeur à plein titre qu'après la guerre, à un âge relativement avancé, et avait failli être exclu du département d'économie aux motifs qu'il n'écrivait pas suffisamment et était peu apprécié par ses étudiants. Grâce à l'appui de Knight, Simons fut affecté à mi-temps à la *law school* de la même université en 1934. Il est devenu dans ces conditions le premier économiste de la *law school* où il enseignait la théorie des prix. C'est dans cette position que Simons put faire recruter un jeune économiste, Aaron Director, futur fondateur du *Journal of Law and Economics*, qui venait de passer deux années en Angleterre, à la London School of Economics, où il avait côtoyé Lionel Robbins qui recommanda chaudement sa candidature à la *law school* de Chicago. Il fut recruté en 1946, un an après que Simons eut déposé un projet de création d'un institut d'économie politique à l'université de Chicago, dont la vocation aurait été de constituer un lieu d'échanges entre les

économistes libéraux sur les problèmes de politique économique et d'intervention publique aux États-Unis. Le terrain sur lequel la *Law and Economics* moderne allait grandir était en voie d'être défriché.

• *Un programme résolument libéral.* – Les attendus du projet d'institut d'économie politique rédigé par Simons faisaient mention de la préservation d'un lieu où les économistes en formation pourraient être formés dans l'optique du libéralisme économique. Ce projet n'a jamais vu le jour sous cette forme mais a été reconverti en une autre initiative, à laquelle Friedrich Hayek apporta une contribution déterminante. Ce dernier éprouvait des difficultés à trouver un éditeur qui acceptât de publier aux États-Unis son ouvrage écrit en 1944, *Les Routes de la servitude*. Or, Aaron Director soutint cette publication après de l'University of Chicago Press, qui la réalisa. Le succès de cet ouvrage aux États-Unis déboucha sur une demande, formulée par une fondation – le Volker Fund de Kansas City – auprès de Hayek pour qu'il prît une initiative en faveur de la défense des principes du libéralisme et de l'économie de marché. Celle-ci s'est concrétisée par la création de la société du Mont-Pèlerin, qui est un groupe influent d'intellectuels libéraux, et l'élaboration d'un projet intitulé *A Free Market Study*, par Hayek et Director. Son exécution a été confiée à l'université de Chicago avec l'appui du Volker Fund. L'objet en était l'étude des cadres juridiques et institutionnels appropriés à un système économique concurrentiel.

C'est dans le contexte de ce projet que Director fut chargé d'assurer des enseignements à la *law school* : d'abord, un cours d'analyse économique des politiques publiques, puis un cours de droit antitrust partagé avec le juriste Edward Levi. Cet enseignement partagé a été l'occasion d'une confrontation entre la méthode d'analyse des cas du juriste et celle de l'économiste. D'après Ronald Coase, cette confrontation a débouché sur la démonstration de la supériorité de l'analyse économique du droit et à son renforcement au sein de la *law school* grâce à l'élaboration d'un projet de recherche sur l'application du droit antitrust, auquel collaborèrent de jeunes économistes appelés à faire œuvre dans ce domaine, parmi

Hayek et la pensée autrichienne sur le droit

Les économistes qui relèvent de ce que l'on a qualifié de théorie autrichienne se sont clairement intéressés au problème du droit, comme le montre l'œuvre de Friedrich Hayek (1973 [157]).

La pensée de cet auteur se fonde sur la définition d'une société libre établie sur des règles abstraites et générales de conduite et relevant d'un ordre spontané. Critique acharné du rationalisme constructiviste et adepte du subjectivisme, Hayek opposait les ordres fabriqués (*Taxis*) aux ordres spontanés (*Kosmos*) qui, seuls, seraient l'expression de la liberté économique et politique. Un ordre fabriqué relève de l'idée qu'une autorité peut définir des finalités à la société et créer une organisation sociale en vue de leur réalisation, ce qui relèverait du rationalisme constructiviste.

Considérant que cette voie mène directement au totalitarisme (ou, ce qui selon lui revient au même, au socialisme), Hayek s'est fait l'avocat, notamment dans le cadre de la société du Mont-Pèlerin, de l'émergence d'un ordre spontané sur la base de règles abstraites qui autorisent une coordination non dirigée des plans individuels. Le positivisme juridique, l'idée d'une volonté du législateur, la loi, les « règles d'organisation du gouvernement » sont considérés comme incompatibles avec une société libre. La seule régulation juridique qui trouve grâce aux yeux des Autrichiens, qualifiée de *Nomos* ou de « droit de la liberté », est celle du juge, en particulier de la *common law*. C'est là un point commun avec l'école

de Chicago (Posner), mais les deux perspectives se séparent nettement. En effet, la conception autrichienne revient à refuser au juge de recourir à des valeurs ou à des référents extérieurs aux sujets en conflits, y compris en termes utilitaristes ou d'analyse coûts-avantages : « La *common law*, c'est-à-dire le droit privé fait par les juges, peut être politiquement neutre dans la mesure où il n'est pas nécessaire qu'elle impose à la société une hiérarchie spécifique de valeurs. Elle peut se limiter à la fourniture de règles abstraites qui renforcent la possibilité d'un ordre dans lequel les individus peuvent poursuivre et atteindre leurs propres objectifs » (Rizzo, 1985 [55]). Plus concrètement, cette conception revient à affirmer que la *common law* est une affaire de création de règles privées, fondées sur la réception par le juge des règles sociales, des coutumes et des conceptions morales que la société a spontanément secrétées. La fonction du juge – c'est-à-dire de la seule modalité de régulation juridique tolérée par les Autrichiens – n'est ni de faire la balance des intérêts en présence, ni d'incarner des valeurs ou des finalités sociales, encore moins d'appliquer la législation ; elle est « de maintenir les principes sur lesquels est fondé l'ordre existant » (Hayek, 1973 [157]). Cette vision, qui relève d'un libéralisme résolument antiétatique, confine au jusnaturalisme, au regard de la pensée d'un droit fondé sur les pratiques coutumières et les valeurs morales antérieures et préférables à la loi, à la législation et à toute espèce d'intervention réglementaire.

lesquels Robert Bork. Ce projet a fait sensiblement progresser la *Law and Economics* à Chicago, qui sera renforcée par la création du *Journal of Law and Economics* en 1959 puis, à partir de 1964, par la venue de R. Coase à la *law school* de cette université et sa prise de la direction du programme de *Law and Economics*.

L'apport de Coase : de l'économie de la réglementation des public utilities à l'économie du droit

Le recrutement de Coase, futur prix Nobel (1991) à la *law school* de l'université de Chicago n'est pas le fait du hasard. C'est l'auteur d'une contribution admise comme fondatrice de l'analyse économique du droit (article intitulé « The Problem of Social Cost » [20]) qui rejoint ce haut lieu de la *Law and Economics*. Mais le cheminement suivi par Coase mérite attention.

- *L'attribution des fréquences hertziennes.* – Alors qu'il était professeur à la London School of Economics dans l'après-guerre, Coase professa le cours d'économie des *public utilities* et réalisa des travaux de recherche sur l'organisation et le financement de l'industrie de la diffusion radiophonique en Grande-Bretagne. Émigrant aux États-Unis en 1951, il rejoignit le département des sciences du comportement à l'université de Stanford, où il entreprit d'étudier le rôle de la *Federal Communications Commission* dans l'attribution des fréquences de diffusion radiophonique. Dans un article sur cette commission publié en 1959 par le *Journal of Law and Economics* [19], il défendit la thèse selon laquelle l'attribution des fréquences devrait être fondée non pas sur des décisions administratives, mais sur le système de prix. Ce faisant, il approfondit une conception explorée en 1951 par un jeune membre de la *law school* de Chicago, Leo Herzel, dans un article publié dans l'*University of Chicago Law Review*. Coase avoue y avoir trouvé l'intuition qu'un mécanisme de marché constitue un meilleur régulateur que la réglementation, et que sa possibilité dépend de l'établissement d'un système de *property rights* échangeables. En d'autres termes, il discutait des droits qui

pourraient être acquis par les radios qui sortiraient gagnantes d'une procédure d'enchères relatives à l'accès aux fréquences hertziennes.

Les économistes de la *law school* et du département d'économie de Chicago, considérant que la question des droits de propriété était sujette à débat, invitèrent Coase à Chicago pour qu'il y clarifie son propos, qu'eux-mêmes considéraient comme erroné. Le résultat de cette réunion consista en une invitation faite à Coase de préciser son argumentation. C'est dans ces conditions qu'il rédigea et publia en 1960 son célèbre article : « The Problem of Social Cost » [20].

• *L'élaboration de « The Problem of Social Cost ».* – Curieusement, Coase estima que cette contribution n'était pas destinée à alimenter le dialogue entre économistes et juristes. De son point de vue, cet article traitait de problèmes économiques et visait les économistes. La référence au droit y revêt un double statut : en premier lieu, il exposait que, selon lui, les juges ont une meilleure connaissance des problèmes économiques que les économistes ; en second lieu, il mettait le doigt sur l'importance particulière de l'attribution de droits par les juges quand les coûts de transaction sont positifs (cf. chapitre III).

D'après Coase, c'est à Richard Posner qu'il revient d'avoir véritablement impulsé la naissance de l'analyse économique du droit. En fait, le projet de Coase visait l'analyse de la réglementation, et plus précisément des avantages comparés de modes alternatifs d'allocation des droits dans un contexte de coûts de transaction positifs. En d'autres termes, le problème posé par Coase était celui de la manière dont, en pratique, le marché, l'entreprise intégrée ou le gouvernement résolvent le problème des dommages et des externalités négatives. Son intuition était que les économistes de cette époque surestimaient les avantages de la réglementation et sous-estimaient ceux du marché. Il défendit la nécessité de procéder à des études empiriques comparées sur l'efficacité de ces différents arrangements institutionnels. Le support de cette démarche fut, entre autres, le *Journal of Law and Economics*, dont Coase assumait la direction à la suite d'Aaron Director. Cette revue

publia de nombreuses études consacrées aux déficiences de la réglementation publique, y compris lorsqu'elle concerne les monopoles naturels. La création du *Journal of Legal Studies* en 1972, sous la direction de Richard Posner, a élargi le champ de la *Law and Economics* et assuré un support de publications d'importance pour les économistes qui étaient spécialisés dans d'autres matières que l'économie de la réglementation,

Les revues de *Law and Economics*

Les revues de langue anglaise spécialisées dans la publication de travaux aux frontières de l'économie et du droit sont nombreuses et d'orientations diverses.

Le *Journal of Law and Economics*, le *Journal of Legal Studies*, la revue *Research in Law and Economics*, l'*International Review of Law and Economics*, l'*European Review of Law and Economics* sont d'obédience néoclassique. La première est largement ouverte à des publications qui relèvent de l'économie de la réglementation, alors que les autres sont davantage centrées sur l'analyse économique du droit privé. Quelques revues, comme l'*International Review of Comparative Public Policy* ou *The Economics of Legal Relationships* sont orientées vers l'analyse des politiques et de l'intervention publiques.

Des revues juridiques, éditées par des *law schools*, sont largement ouvertes à la publication d'articles d'économie du droit : *Harvard Law Review*, *Yale Law Review*, *California Law Review*, etc. Le *Journal of Law, Economics and Organization* et le *Journal of Institutional and Theoretical Economics* sont les supports de la

diffusion des analyses qui relèvent de la nouvelle économie institutionnelle. Le *Journal of Economic Issues* a une orientation institutionnaliste (version *old institutionalism*) et publie régulièrement des écrits sur les relations droit-économie.

En France, il n'existe pas de revues spécialisées en économie du droit. Cependant, les revues suivantes publient fréquemment des travaux qui s'en rapprochent : la *Revue internationale de droit économique* (éditée par l'Association internationale de droit économique), *Droit prospectif – Revue de la recherche juridique* (d'orientation plutôt théorique, avec une sensibilité hayékienne), le *Journal des économistes et des études humaines* (même orientation que la précédente, mais plus économique que juridique), les *Archives de philosophie du droit* (un tome consacré à « Droit et économie » en 1992, quelques articles sur les relations droit-économie), la *Revue d'économie industrielle* (une chronique régulière de droit de la concurrence, centrée sur l'analyse économique des décisions en particulier au niveau communautaire).

en particulier dans l'étude du droit de la responsabilité et de la *common law*.

L'atonie française en économie du droit : de la domination du positivisme juridique à la séparation des études de droit et de sciences économiques

En France, c'est dans le contexte de la III^e République naissante, en 1877, que fut instauré un enseignement d'économie politique dans les facultés de droit. L'enseignement de l'économie politique dans ces lieux de formation de juristes allait être maintenu pendant plusieurs décennies, jusqu'à la séparation des études de droit et de sciences économiques dans les années soixante.

Le voisinage institutionnel des juristes et des économistes dans les universités constituait *a priori* un contexte propice à l'émergence d'un dialogue continu entre le droit et l'économie, d'autant que la diffusion du marginalisme avait été peu vigoureuse en France. Les économistes furent en effet peu nombreux, du moins jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, à être séduits par la figure de l'agent rationnel maximisateur, par l'hypothèse de comportements fondés sur la seule mécanique de l'utilité et de l'intérêt personnel, selon la méthode de l'individualisme méthodologique. Ils furent par ailleurs rétifs à l'usage des mathématiques en économie. En d'autres termes, les professeurs d'économie politique de la période 1877-1945 n'ont pas, pour l'écrasante majorité, été éloignés du droit par le formalisme de leurs analyses.

Des disciplines cloisonnées

Force est de constater que les économistes d'alors ont été, de fait, indifférents au droit et aux ressorts juridiques des processus et des relations économiques. Quelques exceptions peuvent néanmoins être signalées (par exemple Étienne Antoinelli), mais elles relèvent d'actions individuelles, qui n'ont pas conduit à la formation d'écoles ou de courants de pensée et ont rarement dépassé la simple évocation de la portée économique

de principes généraux consacrés par le droit. Les économistes n'ont pas franchi la frontière qui sépare un discours général, souvent doctrinal, sur les fondements et les institutions juridiques des systèmes économiques – le capitalisme (souvent critiqué), le coopérativisme (souvent souhaité), le corporatisme (souvent présenté comme la voie alternative au capitalisme libéral et au collectivisme...) – d'une science économique appliquée à l'étude du droit.

La science juridique, de son côté, n'a pas établi davantage d'ouvertures du droit sur les sciences sociales en général, sur l'économie en particulier, en dépit des tentatives menées en ce sens par des personnalités marquantes de la pensée juridique entre 1880 et 1940, comme Hauriou, Duguit, Saleilles, Gény et Lambert. Ou, du moins, ces juristes considéraient que le droit est lui-même une science sociale. Si on les qualifie de juristes « sociologues », c'est pour les distinguer des juristes positivistes ou dogmatiques, et indiquer leur intérêt pour les rapports droit-société (Arnaud, 1981 [147] ; Grawitz, 1996 [156]).

Les méthodes dominantes d'enseignement universitaire du droit : positivisme et dogmatique juridiques

La pensée juridique française de la période qui s'ouvre après la phase de codification du droit au début du XIX^e siècle s'est structurée sur la base des principes de l'école de l'exégèse et a été dominée par la méthode positiviste.

- *Le positivisme juridique.* – Le positivisme juridique se présente sous trois aspects : comme mode d'approche du droit, comme théorie et comme idéologie.

Le positivisme comme théorie du droit constitue le revers de l'édification de l'ordre juridique postrévolutionnaire. Le droit devient alors progressivement le droit de l'État, et non plus du monarque ou des seigneurs. L'affirmation de l'autorité de l'État et de sa souveraineté a souvent été pensée comme la condition de l'extraction du droit et de la justice du règne de l'arbitraire. La monopolisation de la production juridique par l'État, jointe à la codification des règles, ont eu pour corollaire l'assimilation du positivisme juridique à la théorie étatique du

Les trois visages du positivisme juridique

D'après Bobbio (1961 [145])

Le positivisme juridique a fait l'objet de définitions différentes, souvent d'une manière purement négative, ou *a contrario* : dans ce cas se rattacherait au positivisme juridique toute conception qui répudie le droit naturel.

Or, la pensée positiviste peut aussi prendre en compte le droit naturel, notamment comme source ultime et fondamentale du droit positif, par exemple en invoquant un ordre naturel des choses ou des droits naturels des hommes. Par ailleurs, le rejet du droit naturel n'est pas l'apanage du positivisme. Il a été pratiqué par d'autres courants de pensée, tels l'école historique allemande ou le courant du *legal realism* américain.

Le positivisme juridique peut être considéré sous trois angles.

- Comme *mode d'approche du droit* : en ce sens, le positivisme se caractérise par la distinction entre le droit réel et le droit idéal. La pensée positive se focalise sur le droit tel qu'il est, sur le droit comme fait, et non sur le droit tel qu'il doit être ou sur le droit comme valeur. Prétendant à l'objectivité, le discours positif sur le droit prend ici une signification proche d'une démarche scientifique, à vocation descriptive et explicative.

- Comme *théorie du droit* : en tant que telle, le positivisme juridique prend la signification d'une conception du droit qui lie les phénomènes juridiques à l'autorité de l'État, seul à détenir la capacité de contrainte légitime et le pouvoir de création du droit. Cette conception étatiste du droit déborde sur les termes de l'étude des sources du droit, d'une part, de la place du juge et de la jurisprudence, d'autre part. Le droit considéré est le droit étatique, dont la source primordiale est le législateur, ce qui revient, selon les cas, à ignorer ou à minorer le droit non étatique (les règles coutumières, par exemple) et le rôle créateur du juge.

- Comme *idéologie* : le positivisme renvoie alors à la croyance en certaines valeurs, et notamment à la valeur positive du droit tel qu'il est. Le droit positif est, du fait même de sa positivité, l'émanation d'une volonté dominante, donc juste. Le droit positif, tel qu'il a été construit par des autorités légitimes, sert des finalités désirables, telles que l'ordre, la sûreté, la justice. Il en découle que, du fait des valeurs qu'il porte, le droit doit être obéi pour lui-même, il invite au respect de la loi.

droit. L'affirmation de la prééminence de la règle de droit écrite, œuvre du législateur et de lui seul, a débouché sur la diffusion d'une méthode d'approche du droit qui présentait trois caractères importants :

- toute décision judiciaire présuppose toujours une règle préexistante ;
- cette règle préexistante est toujours posée par l'État ;
- l'ensemble des règles posées par l'État constitue une unité.

L'idée d'une unité de l'ordre juridique étatique entretient des liens intimes avec la nature de la science juridique positive : la tâche du juriste est de considérer les règles de droit comme éléments d'un ensemble plus vaste, au sein duquel il s'agit de questionner la cohérence logique et le sens d'énoncés normatifs pris en eux-mêmes et non dans leur articulation aux faits sociaux. Cette démarche présente de fortes affinités avec la méthode de la théorie pure du droit défendue par Kelsen (le lecteur intéressé par les méthodes des sciences juridiques peut se reporter à De Béchillon, 1997 [119] ou à Friedmann, 1965 [120]).

- *Le problème de l'interprétation du droit et le rôle du juge.*
- L'affirmation de la préexistence du droit renvoie à la question des sources du droit, considérée en termes hiérarchiques : le législateur, et lui seul, crée le droit, la jurisprudence n'est tolérée que comme source accessoire, quand son existence même n'est pas contestée. Le travail du juge n'est alors pas de créer le droit, mais d'appliquer la loi ; il n'a pas de pouvoir d'interprétation du droit (de la loi) en dehors de celui qui consiste à faire apparaître la volonté du législateur.

Les méthodes d'interprétation en droit privé positif ont été mises au cœur de l'œuvre de François Gény. Cet auteur a produit une volumineuse critique de la méthode traditionnelle d'interprétation juridique, qu'il présentait en ces termes : « I° Sous l'empire d'une législation (civile) codifiée, telle qu'est la nôtre, toute solution juridique doit être rattachée, directement ou indirectement, à la loi écrite.

II° La mise en œuvre des éléments de décision, fournis par les textes, et leur fécondation ne peuvent être poursuivies qu'au moyen d'une logique serrée, principalement déductive, et supposant, à la base même de la loi, un nombre limité de conceptions abstraites, considérées comme s'imposant, a

priori, à l'interprète, non moins qu'au législateur lui-même » (Gény, 1899 [126]).

Ce qui était en jeu était le rapport de la règle aux conflits d'intérêts. Le positivisme juridique revenait à considérer les solutions juridiques données aux conflits d'intérêts, d'un point de vue idéal et rationnel et non pas concrètement et en fait. La visée de Gény était de s'attaquer au fétichisme de la loi écrite et codifiée, à l'interprétation fondée sur la recherche déductive de la volonté du législateur et non sur la libre recherche scientifique par le juge.

Les tentatives de construction du droit comme science sociale : les juristes « sociologues »

Si la vision positiviste et normativiste du droit était vivace au tournant du siècle, des tentatives d'ouverture du droit aux sciences sociales ont été initiées, suivant des cheminements différents, par des professeurs de droit.

- *Le droit et l'évolution de la société.* — Les publicistes Hauriou à Toulouse et Duguit à Bordeaux, proches de Durkheim, empruntaient des outils et des concepts au sociologue, voyaient dans le droit et la règle juridique des faits sociaux ; des privatistes, tels Saleilles, Gény et Lambert, tentèrent de trouver les ancrages sociaux du droit et de comprendre les processus par lesquels le droit « colle » aux faits sociaux.

À l'opposé du positivisme juridique, les juristes de l'école allemande de l'*Interessenjurisprudenz* (Ihering, Ehrlich) ou de l'école française du droit libre (Saleilles, Gény, Lambert) s'attachaient à comprendre la place de la régulation juridique dans la régulation sociale. La première ne tient pas tout entière dans le droit légiféré : elle réside en grande partie dans l'activité des tribunaux et dans le pouvoir du juge. La jurisprudence, au cœur des travaux de Gény et de Lambert, est appréhendée à partir d'une interrogation commune et d'une adhésion au pluralisme juridique. Tous deux cherchaient à comprendre l'activité judiciaire, en droit privé, comme une recherche par le juge d'une balance des intérêts en présence, créatrice d'un

« droit vivant ». Mais leurs analyses du processus jurisprudentiel diffèrent sensiblement.

- *Le problème de la jurisprudence.* – Gény développait une conception coutumière de la jurisprudence : les tribunaux ne créent pas le droit, ils révèlent les règles coutumières. La découverte des coutumes est alors une tâche sociologique pour le juriste.

Il considérait, ainsi, que le droit devait s'adapter aux intérêts sociaux, aux besoins produits par l'évolution économique et sociale grâce à une approche inductive et non plus déductivement, à partir des principes et des traditions juridiques issus du passé. Il voyait aussi le droit comme devant équilibrer les intérêts en présence, en répartissant harmonieusement les droits et les devoirs.

À la différence de Gény, qui en avait une conception « pacifique », Lambert développait une conception autoritaire de la jurisprudence ; la régulation doit être assumée non pas par les règles coutumières, mais par une autorité : les tribunaux. L'activité des juridictions n'était toutefois pas considérée comme indifférente aux tensions et rapports de force sociaux. La méthode de Lambert se rapprochait de l'économie : elle s'inscrivait dans un projet de compréhension de l'adaptation des structures juridiques aux structures économiques et, surtout, elle s'attachait à analyser la « balance des intérêts » mise en œuvre par les juges.

Dans l'esprit de Lambert, la méthode consistait à comparer les intérêts des parties en présence comme catégories abstraites (vendeur/acheteur, employeur/employé). Le critère de cette comparaison n'était pas juridique, mais économique, dans la mesure où il s'agissait d'évaluer les dommages, individuels comme collectifs. Cette notion de balance des intérêts posait bien le problème de l'évaluation des droits sur la scène judiciaire. Elle dénotait une vision de l'économie des intérêts méritant d'être juridiquement protégés, qui fait écho aux cadres d'analyse économique et sociologique alors mobilisés outre-Atlantique par Pound et la *sociological jurisprudence*.

III / L'efficience des règles et des institutions juridiques dans la *Law and Economics*

Il est devenu courant de penser que l'acte de naissance de la « nouvelle » *Law and Economics* a été établi dans l'article « Le problème du coût social », publié par Coase en 1960. On considère habituellement que ce dernier a démontré que, dans certaines circonstances, la solution à un conflit d'intérêts peut être efficacement élaborée par une négociation entre les parties concernées et ne requiert pas, alors, une intervention tutélaire. Une explicitation de l'analyse de Coase peut être effectuée, afin de mettre plus clairement en évidence le rôle assigné au droit dans le règlement des conflits d'intérêts induits par l'existence d'activités qui créent des nuisances.

La question posée ici est de préciser en quoi le droit a une importance économique. Après avoir exposé les termes dans lesquels cette question a été traitée par Coase, nous pourrions être en mesure de clarifier la place accordée au juge et à l'attribution de droits par les tribunaux. Nous serons alors amenés à aborder les différentes versions de l'analyse de l'efficience du droit.

L'importance économique du droit

Il est utile de préciser le sens qu'il convient d'accorder, dans les développements qui suivent, à la notion d'importance économique du droit. Cette notion ne renvoie ni au coût, pour

le budget de l'État, de la constitution et de l'entretien d'un système juridictionnel (rémunération des magistrats, des greffiers, construction et maintenance de bâtiments, etc.), ni au coût privé de l'accès au droit (recours aux services d'un avocat, coûts de procédures, etc.). Il faut entendre, par « importance économique du droit », les conséquences économiques des actes juridiques, qu'ils soient législatifs, réglementaires ou judiciaires.

Le droit est-il économiquement neutre ?

Les écrits de Coase ont fait l'objet de lectures diverses, voire divergentes. « Le problème du coût social » a souvent été interprété d'une manière que l'on peut qualifier de radicale, et qui a donné lieu à l'établissement du « théorème de Coase ». L'enjeu des discussions et des interprétations de l'analyse de Coase est considérable : déterminer si le droit est économiquement important et, dans l'affirmative, définir dans quels termes.

- *Les thèses présentées dans « Le problème du coût social ».*

– La première phrase de cet article est la suivante : « Cet exposé traite particulièrement du comportement des entreprises commerciales qui exercent des nuisances sur leur environnement. » Au cours de ce long texte, émaillé de références à des arrêts de juridictions, Coase évoque les notions de nuisance, de pollution, de responsabilité pour dommages, de déficiences de la réglementation publique, de système de prix, de taxation. La finalité de cet article est de démontrer l'existence d'une solution alternative à la réglementation et à la taxation (c'est-à-dire la solution de Pigou, qui consiste à taxer les effets externes) comme mécanismes de correction des externalités. Cette solution alternative, qualifiée d'arrangement privé, consiste en l'échange de droits à exercer certaines actions, ce qui pose le problème de la valeur de droits concurrents : « Si nous considérons que la pollution a pour effet nuisible de tuer les poissons, la question à trancher est la suivante : la valeur du poisson perdu est-elle supérieure ou inférieure à la valeur du produit dont la fabrication implique précisément cette pollution de la rivière ? » (Coase, 1960 [21]).

Le théorème de Coase

(Illustration adaptée de Pejovich, 1995 [10])

Un exemple simple permet d'illustrer le contenu du théorème dans son acception la plus populaire. Admettons que deux voisins, Durand et Dupont, évaluent respectivement leur maison à 1 200 francs et à 1 000 francs. Supposons qu'un jour

Dupont accepte de tester des sirènes d'alarme pour le compte d'un fabricant, en échange de 500 francs. Cette pratique impose à Durand un coût subjectif de 200 francs. Dans ce cas, les valeurs subjectives des deux maisons deviennent :

	<i>Durand</i>	<i>Dupont</i>	<i>Valeur totale</i>
Sans sirène	1 200	1 000	2 200
Avec sirène	1 000	1 500	2 500

Le test de sirènes d'alarme par Dupont crée une externalité négative aux dépens de Durand. Mais, inversement, protéger le silence cher à Durand créerait une externalité négative, cette fois aux dépens de Dupont, qui serait privé de la contrepartie monétaire que le fabricant lui verse. En d'autres termes, les coûts des effets externes sont réciproques.

Supposons que ce différend soit porté devant un tribunal et que le plaignant soit Durand. Ce que devra faire le juge, c'est définir les droits, donc décider si Dupont a le droit d'imposer des nuisances sonores à Durand ou, à l'inverse, si Durand a le droit d'empêcher Dupont de tester des sirènes. La version du théorème de Coase avec coûts de transaction nuls précise, alors, que la définition des droits et leur attribution n'importent pas. Quelles qu'elles soient, le résultat sera le même. Démontrons simplement ce raisonnement.

A. Supposons que Dupont gagne le procès : Durand pourrait tenter d'acheter l'abstention de Dupont, ce qu'il ne peut faire qu'à concurrence de

200 francs. Or, Dupont évalue sa renonciation à 500 francs. Par conséquent, aucun arrangement ne pourra être trouvé. En conséquence :

- des sirènes sont testées ;
- Durand jouit de 1 000 francs, Dupont de 1 500 francs ;
- la valeur de la production est maximisée à 2 500 francs ;
- l'accroissement de la valeur totale de 300 francs se répartit entre Dupont (+ 500 francs) et Durand (– 200 francs).

B. Supposons que Durand gagne le procès : le droit lui est attribué. Comme ce droit est établi et attribué, Dupont est désormais en mesure de savoir que, s'il veut tester des sirènes d'alarme, il devra acheter le consentement de Durand, jusqu'à une valeur maximale de 500 francs. La valeur du droit sera établie par négociation entre les parties, dans les bornes de 200 francs et 500 francs. Admettons que la valeur du droit s'établisse à 300 francs. En conséquence :

- des sirènes sont testées ;
- la situation de Durand est améliorée (1 000 + 300 = 1 300

francs), celle de Dupont s'établit à $1\,500 - 300 = 1\,200$ francs, ce qui est un gain par rapport à la situation correspondant à l'impossibilité de pratiquer le test d'alarmes ;

- la valeur de la production est maximisée à hauteur de 2 500 francs ;

- Dupont bénéficie d'un gain de 200 francs et Durand d'un gain de 100 francs, ce qui correspond à la répartition de l'accroissement de la valeur totale de 300 francs.

La conclusion est donc, d'une part, que les sirènes sont testées, quelle que soit l'allocation initiale des droits de propriété, et, d'autre part, que la valeur totale est maximisée (2 500 francs contre 2 200 francs).

Dans le cas B, une possibilité de négociation est ouverte aux parties si elle est à coûts nuls. Dans l'hypothèse où les coûts de l'arrangement (coûts de transaction) sont positifs, ils empêchent la réalisation d'un réaménagement négocié des droits. La position du juge prend alors une importance cruciale :

- s'il attribue le droit à Durand, cette attribution est définitive : la valeur totale est de 2 200 francs ;

- s'il attribue le droit à Dupont, cette attribution elle aussi définitive est efficiente : le droit revient à celui pour qui il représente la plus grande valeur (1 500 pour Dupont, contre 1 200 pour Durand) et la valeur de la production est maximisée (2 500).

Coase retient, à un moment de son raisonnement, l'hypothèse de nullité des coûts de transaction. Cette hypothèse, selon laquelle les coûts des arrangements privés sont nuls, est provisoire. Elle répond à sa volonté d'établir une situation idéale par rapport à laquelle il définit, plus loin dans son analyse, l'importance économique du droit. Cet auteur construit donc un schéma de référence en imaginant ce qui se passerait si les coûts de transaction étaient nuls. Puis il admet que dans le monde réel ces coûts sont positifs, et il peut alors préciser sa conception du rôle des tribunaux.

Ce n'est pas Coase lui-même qui a mis son analyse sous la forme d'un « théorème », mais George Stigler quelques années plus tard, dans l'édition de 1966 de son ouvrage *La Théorie des prix*. Il écrit, à ce propos : « La proposition, selon laquelle la composition de la production ne sera pas affectée par la façon dont la loi fait reposer la responsabilité des dommages semble étonnante. Elle ne devrait pourtant pas l'être. Les lois font souvent la preuve de leur peu d'importance ; les lois qui imposent au vendeur ou à l'acheteur le paiement d'une taxe sur les ventes au détail ont des effets entièrement équivalents.

L'attribution de la responsabilité pour dommages peut, pareillement, être passée sous silence » (Stigler, 1972 [25]).

Par ces propos, Stigler a fortement contribué à imposer une lecture de Coase dont nous verrons plus loin qu'elle se révèle peu conforme à ce que ce dernier entendait démontrer. Le « théorème de Coase » peut en effet être exposé ainsi : dans une situation d'externalités négatives et de coûts réciproques, la solution efficiente est indifférente à l'attribution initiale de la responsabilité pour dommages. Si les coûts de transaction sont nuls, l'arrangement privé est préférable à toute autre solution, en particulier à la solution tutélaire d'internalisation des externalités par voie de taxation. Cette formulation contient deux principes :

- le *principe d'efficience*, qui se rapporte à la définition des mécanismes de résolution des différends qui conduisent à une solution efficiente, c'est-à-dire qui maximise la valeur de la production ;

- le *principe de neutralité*, selon lequel le régime juridique d'attribution des droits n'a aucune conséquence économique, le droit est neutre. L'arrangement privé permet d'assurer une allocation efficiente des droits, et ce indépendamment de leur attribution initiale, à la condition toutefois que les coûts de transaction soient nuls.

• *Trois interprétations du théorème de Coase.* – « Le problème du coût social » ayant été l'un des écrits les plus abondamment cités et discutés de la science économique, il est difficile d'établir un tableau exhaustif des interprétations auxquelles il a donné lieu. Néanmoins, nous pouvons mentionner celles repérées par Cooter (1987 [23]).

L'*interprétation en termes d'échanges libres* revient à considérer que l'attribution initiale des droits n'a aucune importance, du point de vue de l'efficience économique, dès lors qu'ils peuvent être librement échangés. En d'autres termes, toute « mauvaise » attribution des droits par le système juridique sera corrigée sur le marché des droits : le juge peut se tromper dans l'évaluation des droits, son erreur sera sans effets compte tenu de la renégociation des droits par les parties concernées.

L'*interprétation en termes de coûts de transaction positifs* consiste à penser que l'attribution initiale des droits n'a aucune importance, du point de vue de l'efficacité économique, aussi longtemps que les coûts de transaction sont nuls. Le corollaire de cette interprétation est que la fonction assignée au droit est de réduire les coûts de transaction, grâce aux principes de la force obligatoire des contrats, de la bonne foi, à l'encouragement à la conciliation ou à l'arbitrage, censés être moins coûteux qu'un procès.

Enfin, l'*interprétation en termes de défaillances du marché* permet de considérer que l'attribution initiale des droits n'a aucune importance, du point de vue de l'efficacité économique, s'il existe un marché concurrentiel des droits.

Prenons l'exemple classique des manuels d'économie – pris par Pigou puis par Coase – pour illustrer ce qui vient d'être dit. Imaginons qu'une compagnie de chemin de fer fasse subir des dommages à des agriculteurs : les locomotives à charbon rejettent des escarbilles incandescentes qui provoquent des incendies dans les champs de blé mûr.

Devant un tel contentieux, le travail du juge est de définir lequel des intérêts en présence mérite d'être juridiquement protégé. Admettons qu'il accorde à l'agriculteur le droit de ne pas subir de préjudices de la part de la compagnie de chemin de fer par la délivrance d'une injonction adressée à cette dernière de ne pas faire circuler de trains. Ce faisant, le juge procède à l'attribution initiale d'un droit. Reprenons maintenant nos trois interprétations.

Au regard de la première, l'agriculteur vendra son droit à la compagnie de chemin de fer au prix qui lui convient. À la condition, toutefois, que cette dernière lui accorde une compensation pour les dommages subis et lui achète son droit à injonction : l'agriculteur vend son droit à faire cesser le trafic ferroviaire, ce que l'on peut nommer une renonciation à un droit. Mais, au bout du compte, c'est une procédure de marché (l'arrangement négocié) qui détermine l'allocation finale du droit.

La deuxième interprétation permet d'imaginer une situation où les agriculteurs sont nombreux et où la voie de chemin de fer est exploitée par plusieurs entreprises. La négociation « de

marché » sur les droits devenant coûteuse, l'attribution du droit par le juge a toutes les chances de ne pas être réaménagée. S'il ne l'a pas attribué à la partie pour qui il a la plus grande valeur, alors ce résultat inefficace persistera.

Voyons maintenant la troisième interprétation. Dans l'exemple pris précédemment, il n'y a qu'une seule compagnie de chemin de fer, qui peut être en monopole sur le marché des droits si le tribunal juge en sa faveur. Or, il en va du monopole sur le marché des droits comme du monopole sur le marché des biens et services : il conduit à un résultat inefficace.

- *Le problème des « property rights »*. – La lecture de l'article de Coase par les théoriciens des *property rights* en a fait la base de la négation de l'incidence économique du droit. Le problème des externalités est interprété en termes, non pas de responsabilité pour dommages, mais de « droits de propriété ». Cette théorie pose que c'est par le seul marché – donc par des accords interindividuels – que la définition et la transmission de ces droits s'opèrent de la manière la plus efficace. Dans ce cadre d'analyse, point n'est besoin de tribunal : ce sont les agents individuels qui procèdent à la définition des droits, à leur attribution, à leur échange.

La définition de la notion de *property rights* mérite discussion. Il convient d'entendre les « droits de propriété » comme des droits subjectifs, socialement reconnus, qui se rapportent à la jouissance d'un bien ou d'une ressource et non pas à leur appropriation privée, qui correspond à la catégorie de l'*ownership* : nous pouvons avoir un droit à respirer un air pur (un *property right*), mais nous ne sommes pas propriétaires de l'air que nous respirons. La traduction de ces deux notions différentes que sont la *property* et l'*ownership* par la même expression de « droits de propriété » est source de confusion. Certes, l'idée que des *property rights* bien définis, exclusifs et transférables sont garants d'une allocation efficace des ressources et autorisent des procédures de marché de correction des externalités est admissible, du moins partiellement :

- admissible parce qu'elle renvoie à la possibilité de négociation et d'échanges sur des droits qui doivent être définis,

La théorie des droits de propriété

La théorie des *property rights*, développée par Alchian, Demsetz, Furubotn, Pejovich, Cheung, De Alessi, se focalise sur l'efficacité allocative, en considérant que les droits définissent des modes de comportement, de sanctions et de récompenses. Alchian estime à cet égard que « l'économie est l'étude des *property rights* sur les ressources rares [...]. L'allocation des ressources rares dans une société, c'est l'attribution de droits d'usage des ressources [...], la question de l'économie, celle de savoir comment les prix pourraient être déterminés, c'est celle de savoir comment les *property rights* devraient être définis et échangés, et dans quels termes » (Alchian, 1967 cité par Furubotn et Pejovich [41]).

L'un des apports de cette théorie est d'avoir inscrit les phénomènes d'allocation des ressources, de production et d'échange dans un contexte institutionnel et non, simplement, matériel et physique. Ainsi, ce ne sont pas seulement des biens matériels qui s'échangent sur le marché, mais aussi des droits relatifs à l'usage de ces biens.

« La valeur d'un bien échangé quelconque dépend, *ceteris paribus*, du paquet de droits de propriété que la transaction véhicule. Par exemple, la valeur d'une maison pour un individu sera relativement plus élevée si le

paquet de droits de propriété acquis contient le droit d'exclure des stations d'essence, des usines chimiques, etc., du voisinage immédiat de la maison » (Furubotn et Pejovich, 1972 [41]).

Les attributs des droits de propriété sont définis en termes d'exclusivité et de transférabilité. La première signifie que le détenteur du droit sur un bien possède une possibilité d'utilisation exclusive ; la seconde exprime la faculté d'aliéner volontairement un bien. La conjonction de ces deux caractéristiques définit un régime de propriété privée. Mais, lorsqu'elles sont atténuées ou restreintes, elles peuvent être rattachées à d'autres systèmes de droits de propriété, telles la propriété communale ou la propriété étatique. Une troisième caractéristique, la partitionnabilité, a été introduite à l'occasion de l'application de la théorie des droits de propriété à l'analyse de la société anonyme (la « corporation »). Ce que montre cette théorie, c'est que l'allocation des ressources est d'autant plus efficace qu'elle repose sur un système de droits de propriété privée. Toutefois, son utilisation dans le domaine du droit mérite quelques précautions, ne serait-ce que parce que la notion de *property rights* n'est pas, en dépit des apparences, une notion juridique.

exclusifs et transférables, comme dans l'analyse de Coase. Mais alors, il est difficile de faire l'impasse sur le problème de la définition et de l'attribution de ces droits, que l'on peut

difficilement envisager en dehors d'une autorité dotée de la légitimité et du pouvoir nécessaires ;

– partiellement, parce que les mécanismes de correction des effets externes que Coase et d'autres économistes considèrent mettent en jeu des règles de responsabilité, et pas de propriété. Il est par ailleurs important de noter que le droit américain comporte une distinction entre les actions au titre de la *property* (propriété) et celles au titre de la *tort law* (responsabilité délictuelle), qui correspondent à des champs juridiques différents. La dernière prévoit que les actions au titre de la responsabilité se résolvent en dommages et intérêts. Dans un contentieux au titre du *tort*, la victime d'un dommage n'est fondée qu'à une demande de réparation du préjudice, alors que, dans les conflits en *property*, le mode d'action du droit est celui de l'injonction : la victime peut bénéficier de la délivrance par le tribunal d'une injonction adressée à l'auteur du dommage à cesser son activité créatrice de nuisances. Concrètement, cela signifie que rien n'oblige le riverain d'une usine polluante à céder son titre injonctif à celle-ci.

Le droit comme support de la réduction des coûts de transaction

Une série d'interprétations du théorème de Coase s'est focalisée sur la question des coûts de transaction. La thèse défendue est que les coûts de transaction n'étant jamais nuls dans le monde réel, il incombe au système juridique et à ses institutions de fournir les moyens de les réduire. Van den Bergh considère, par exemple, que : « Dans le monde idéal de Coase, le droit n'influe pas sur l'efficacité. Dans le monde réel, il incombe au droit de combattre ces différentes causes d'inefficacité. [...] le droit peut abaisser les coûts de transaction » (Van den Bergh, 1988 [60]).

Cet auteur apporte alors des éléments d'illustration, empruntés au droit belge, de la contribution de certaines règles de droit à la réduction des coûts de transaction. Il fait une référence particulière au droit de la consommation et met l'accent sur les dispositions juridiques qui visent à améliorer l'information du consommateur.

La propriété, la responsabilité et le marché

Illustrons le propos que nous venons de tenir en nous appuyant sur un schéma de raisonnement (très) libéral (celui d'Henri Lepage [43], [44]), qui use de la déduction suivante : les effets externes, les nuisances, sont le résultat d'une défaillance de l'État. Ce dernier est trop lointain, trop mal informé, trop inefficace pour qu'il puisse corriger, par la législation ou la réglementation, les externalités négatives. Leur correction doit être assurée de manière décentralisée par le marché. Pour qu'il y ait marché, il faut des « droits de propriété » privés. Des *property rights* à la présentation de la propriété privée comme la seule solution aux pollutions, à la disparition des baleines et à bien d'autres problèmes,

le pas est malheureusement vite franchi. Or, ce que nous disent la théorie des *property rights* et l'économie du droit est en substance très différent de ce que ce schéma suggère : les droits dont il s'agit sont des droits à exercer une activité ou à jouir d'une ressource, et pas des droits de « possession » ; les marchés des droits sont donc des marchés sur lesquels s'échange autre chose que des titres de propriété ou des droits réels ; la lutte contre les nuisances et les effets externes relève avant tout d'une logique de la responsabilité et de l'indemnisation ; enfin, lorsqu'un droit est protégé par une règle de propriété, rien ne peut *a priori* obliger son titulaire à le céder (voir chapitre IV).

L'asymétrie d'information entre les partenaires à une relation contractuelle est en effet une source de coûts de transaction. L'obligation d'informer le consommateur sur les prix, la qualité, ou la quantité des produits contenue dans plusieurs dispositions du droit belge est analysée par Van den Bergh comme un moyen de corriger cette imperfection du marché. Ainsi, la loi belge sur les pratiques du commerce, la réglementation relative à la vente à crédit, les dispositions législatives relatives à l'achat de produits alimentaires, de médicaments, etc. imposent une obligation d'informer le consommateur de manière à prévenir les phénomènes d'exploitation des clients par les vendeurs professionnels. Par ailleurs, cette obligation d'informer peut être considérée, en dehors du droit de la consommation, comme une obligation contractuelle accessoire faisant partie de la garantie. Le droit civil concourt lui aussi, plus généralement, à la qualité des relations contractuelles au regard du principe de la bonne foi. Enfin, les notions de vice

de consentement et de lésion qualifiée renvoient à une obligation précontractuelle d'informer.

La portée économique du système juridictionnel

Coase envisage longuement l'hypothèse de coûts de transaction positifs, qui restreignent ou interdisent le recours à une solution par arrangement privé. Dans ce cas de figure, la thèse de la neutralité du droit n'est plus vérifiée : si une négociation directe entre les parties prenantes n'est pas réalisable, la solution revient entièrement à la charge des juridictions qui, d'une part, définissent le cadre procédural du règlement du litige et, d'autre part, organisent la confrontation des intérêts et en établissent la balance.

Cette dimension importante de l'analyse de Coase n'a pas retenu l'attention qu'elle mérite, alors qu'elle précise sa conception du statut de l'appareil juridictionnel dans le règlement des litiges. Même si les coûts de transaction sont nuls, il y a nécessairement intervention du tribunal, ce qui est cohérent avec une forme concrète d'arrangement négocié en droit français, comme la transaction, que le Code civil définit en ces termes : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (art. 2044). Ce procédé, qui clôt irrémédiablement un différend et a l'autorité de la chose jugée (art. 2052) ne fonctionne pas en dehors de l'institution judiciaire.

Dans l'étude de Coase, l'arrangement privé n'est pas situé en dehors du droit : c'est un « réaménagement » de droits préalablement attribués par l'appareil juridictionnel. Dans la situation où les coûts de transaction pèsent négativement sur la possibilité d'un réaménagement des droits sur le marché, l'arrangement privé devient impraticable, et l'appareil juridictionnel prend une place plus importante. En effet : « Dans ces conditions, la répartition initiale des droits exerce réellement un effet sur l'efficacité du fonctionnement du système économique. Un remaniement des droits peut, plus que tout autre, générer une plus forte augmentation de la valeur de la production. Mais, à moins que ce ne soit la redistribution des

droits établis par le système légal, les coûts d'obtention du même résultat, par modification ou combinaison des droits dans tout le marché, peuvent être si élevés que cette redistribution optimale des droits, augmentant la valeur de la production, peut ne jamais être réalisée » (Coase, 1960 *in* [20]).

La considération de la place du droit dans le fonctionnement du système économique revient à lui conférer une importance que la thèse de la neutralité a largement dissimulée dans l'esprit des commentateurs de Coase. Cette importance est attestée par les propos de ce dernier à l'occasion de la réception de son prix Nobel en 1991 : « Alors que dans un monde hypothétique où les coûts de transaction seraient nuls on pourrait imaginer que les parties à un échange puissent négocier pour changer les règles juridiques qui les empêchent de progresser vers un accroissement de la valeur de la production, dans le monde réel, où les coûts de transaction sont positifs, une telle procédure s'avérerait extrêmement coûteuse et rendrait non profitable, si elle était possible, une telle négociation sur les règles juridiques. En raison de cela, les droits que les individus possèdent, leurs devoirs et leurs prérogatives seront dans une large mesure ce que le droit détermine. En conséquence, le système juridique aura de profonds effets sur le fonctionnement du système économique et l'on peut même dire que dans une certaine mesure le droit contrôle le système économique » (Coase, 1991 [22]).

Finalement, deux idées sont centrales dans l'argumentation proposée par Coase dans « The Problem of Social Cost ».

- La première se rapporte à l'impossibilité de déterminer *a priori* une modalité institutionnelle précise de gestion des conflits liés à l'existence de nuisances ou d'activités dommageables. Parmi les modalités institutionnelles envisagées se trouvent l'arrangement privé à l'ombre du droit (la solution de marché), le traitement exclusivement juridictionnel (la solution judiciaire), la régulation publique (les solutions législative ou administrative) et, enfin, l'internalisation des externalités par la fusion des activités (la solution que représente la constitution d'une grande firme). Si la préférence de Coase semble aller aux deux premières, il n'en exclut pas pour autant d'emblée la possibilité de recourir aux autres. Le choix pour l'une d'entre

elles devrait dépendre, de son point de vue, des résultats d'une analyse institutionnelle comparée en termes d'efficacité économique.

- La seconde se rapporte à la question de la dimension économique de la délimitation des droits par les tribunaux. Tout ce que Coase suggère, au fond, est que les coûts de transaction n'étant jamais nuls, la charge du règlement des différends revient entièrement au juge. Il importe alors, selon cet auteur, que les juges prennent en considération les conséquences économiques de leurs décisions et, si possible, intègrent ces conséquences dans la formation de leurs décisions. Si le juge s'acquitte de cette tâche, l'arrangement privé devient sans objet.

Qu'est-ce que l'efficience économique du droit ?

La notion d'efficience est centrale en analyse économique du droit, tant en matière d'étude de l'incidence allocative de l'attribution des droits aux parties en conflit que dans le domaine de l'évaluation des changements juridiques. Sa raison d'être est de fournir un moyen d'évaluation des effets du droit sur le bien-être social et la position des individus, compte tenu du fait que les changements peuvent améliorer la situation de quelques-uns et détériorer celle de quelques autres.

Les critères de l'efficience du droit

Les mécanismes d'attribution de droits par les tribunaux, de l'échange de droits entre les parties intéressées, mais également ceux de la production législative ou réglementaire, sont évalués à partir de deux critères d'efficience : le critère de Pareto et le critère de Kaldor-Hicks.

- *Le problème de l'évaluation économique du droit et des changements juridiques.* – Le critère de l'efficience de Pareto permet d'évaluer les effets d'un changement juridique : un changement est Pareto-efficient s'il permet d'améliorer la position d'au moins un individu sans détériorer celle d'au

moins un autre. Cela signifie qu'une allocation nouvelle de droits, par exemple dans une décision de justice, est Pareto-efficiente si le gain du gagnant n'occasionne pas de pertes à l'autre partie. Elle accroît donc le bien-être social. Une situation plus vraisemblable est celle dans laquelle les gains d'un agent ne peuvent être obtenus sans qu'au moins un autre subisse des pertes. Dans ce cas de figure, le changement est efficient à la condition que le gagnant compense les pertes subies par le perdant : ce changement est alors dit « potentiellement Pareto-supérieur ». C'est dans ce type de situation que le critère de Kaldor-Hicks s'applique. Ce dernier a pour vocation d'évaluer les changements juridiques qui améliorent la position d'au moins un individu, mais détériorent celle d'au moins un autre. Si les gains du premier permettent d'assurer une compensation des pertes du second, le changement est efficient. Mais ce critère revient aussi à considérer que l'important n'est pas que la compensation soit effectivement assurée : elle peut demeurer hypothétique (voir l'encadré suivant).

Au fond, avec le critère de Kaldor-Hicks, tout se passe comme si la réponse à la question de déterminer si une compensation devrait (*should*) ou pourrait (*could*) être payée à ceux qui sont affectés négativement était rejetée à la périphérie de la science économique : soit le problème est renvoyé à une question de justice dans la distribution des revenus et des richesses, soit il est associé à la formation de valeurs sociales, subjectives, dont la responsabilité incomberait, entre autres, aux juges. En effet, c'est au cas par cas, dans les décisions de justice qui statuent sur des intérêts en conflit et attribuent un gain à une des parties, que la compensation serait ou non mise en œuvre, au regard des règles de raisonabilité et de justice.

- *Quelle efficience ?* – Si l'on considère l'économie du droit dans sa diversité, il apparaît que l'objet visé par l'étude de l'efficience du droit et le critère de celle-ci ne sont pas aussi stabilisés qu'on pourrait le penser à première vue. Un repérage des qualifications de l'efficience permet en effet de dégager plusieurs approches.

Le critère de Pareto et le critère de Kaldor-Hicks

Un état du monde $S1$ est Pareto-supérieur à un état du monde S si et seulement si personne ne préfère S à $S1$ et qu'au moins une personne préfère $S1$ à S . Parce que personne ne se trouve dans une situation moins bonne que dans la position initiale, le passage à un état Pareto-supérieur suppose qu'il n'occasionne pas de perdant, d'une part, qu'il suscite un gain net dans l'utilité totale, d'autre part.

Un état du monde $S1$ est Pareto-optimal si et seulement si il n'existe pas d'état du monde S_n qui lui soit Pareto-supérieur. Le critère de supériorité parétienne ne permet de classer les états du monde et d'évaluer les règles juridiques qu'à la condition qu'il n'y ait pas de perdant. Dans le cas contraire, la règle de compensation est dictée par le critère de Kaldor-Hicks.

L'utilisation des critères d'efficacité de Pareto ou de Kaldor-Hicks conduit en effet les spécialistes à laisser en suspens la question de la répartition des revenus. L'appréciation de l'efficacité des règles ou des changements juridiques est référée à la seule efficacité allocative des ressources ou des droits. Or, il existe autant d'optimum de Pareto que de structures de répartition des revenus et des richesses.

Selon le critère de Kaldor-Hicks, si un individu A mène une activité qui lui procure un gain de 100 mais occasionne un dommage de 30 à un individu B , il n'y a ici une amélioration parétienne qu'à la condition qu'une règle de responsabilité en dommages impose à A de compenser

les dommages subis par B . On dira qu'un état du monde $S1$ est efficient au sens de Kaldor-Hicks par rapport à un état du monde S si, une fois la compensation payée, personne ne préfère S à $S1$ et qu'au moins une personne préfère $S1$ à S .

Quels sont les rapports entre le critère parétien et le critère de Kaldor-Hicks ? La différence entre la Pareto-supériorité et l'efficacité au sens de Kaldor-Hicks recoupe la différence entre une compensation réelle et une compensation hypothétique. Si une compensation est effectivement payée aux perdants, un déplacement efficient au sens de Kaldor-Hicks devient un déplacement Pareto-supérieur. C'est pour cette raison que le critère de Kaldor-Hicks est aussi appelé le test de Pareto-supériorité potentielle. Par conséquent : « Dans le cas de Kaldor-Hicks, et contrairement au critère de Pareto, la compensation qui va aux perdants ne doit pas effectivement être payée : elle est seulement hypothétique » (Strowel, 1992 [16]).

Différentes justifications sont proposées du fait que les compensations restent hypothétiques : certains perdants ne méritent pas une compensation, comme un monopoleur après que les tribunaux ou les autorités de la concurrence ont brisé son monopole ; la compensation peut être entravée ou empêchée par l'existence de coûts de transaction ; elle ne relève pas d'une analyse allocative, mais d'une question de justice distributive, laquelle ne serait pas du domaine de la science économique qui se consacre à l'allocation des ressources.

- L'efficacité de la *common law* telle que Posner la conçoit revient à mettre en avant deux thèses : d'une part, celle de l'existence d'un processus de « sélection naturelle » des bonnes règles par le régime de la *common law* (sur ce point, voir Goodman, 1978 [53] ; Priest, 1977 [54] ; Rubin, 1977 [56]) ; d'autre part, celle de la supériorité de la régulation judiciaire sur la législation et la réglementation.

- L'efficacité des tribunaux en matière d'attribution de droits. C'est là une analyse complémentaire de la précédente, cohérente avec l'idée de l'efficacité de la *common law*, mais elle est fondée sur l'idée que le règlement des conflits consiste en un calcul économique rationnel : il y aurait donc une logique économique implicite dans le travail des juges, logique qui permettrait de considérer que les tribunaux prennent leurs décisions conformément à la rationalité économique en termes d'attribution de droits. L'attribution de droits à l'une ou l'autre des parties en conflit doit procéder d'une évaluation de la valeur du droit et de ses conséquences. C'est là un phénomène de même nature que l'allocation des ressources à leur usage le plus productif.

- L'efficacité des règles juridiques dans le domaine de la responsabilité civile. Les travaux d'économie du droit sur cette matière prennent en considération le rapport des comportements individuels aux règles de responsabilité, soit stricte, soit pour faute. L'évaluation de ces règles est fondée sur leur efficacité en termes d'incitations à des comportements prudents d'évitement des dommages. Ici, l'efficacité n'est plus du ressort de l'allocation de droits, mais de celui du rapport règle-comportement, dans le registre des incitations.

- *La logique de l'efficacité permet-elle d'expliquer les changements juridiques ?* – L'analyse de l'efficacité fait l'objet d'un regard critique de la part de certains juristes américains. Les questions sensibles dans la réception du discours économique sur l'efficacité du droit par des professeurs de droit sont les suivantes.

- L'efficacité économique est l'indice d'une volonté d'économicisation des pratiques juridictionnelles, portée par un discours normatif sur le droit. Or, assimiler le sujet de droit à

Les critiques de l'efficience allocative comme critère d'évaluation du droit

L'efficience allocative du droit est une question très fortement débattue entre les économistes et les juristes américains. En témoigne, à titre d'illustration, le fait qu'une revue juridique ait organisé un symposium sur l'« efficience comme problème juridique » et consacré deux numéros entiers à ce sujet. On pourra se reporter à la *Hofstra Law Review*, volume 8, n^{os} 2 et 3, 1980 ([3], [4]). Le sujet étant immense, nous ne signalons ici que quelques éléments sommaires.

Sur le plan de la cohérence logique des critères d'évaluation de l'efficience du droit, nous pouvons mentionner les critiques formulées par Calabresi (1991 [64]). Il s'interroge sur la portée du critère de Pareto qui repose sur une exigence d'unanimité. Mais comment passer d'un état donné, connu, à un autre ? Si cet autre état est inconnu, alors l'état existant, S1, est Pareto-optimal. L'ensemble des améliorations parétiennes étant vide *ex ante*, l'état existant S1 est optimal et efficient. Le critère de Pareto est, au mieux, tautologique ; au pis, il revient simplement à dire que « ce qui est est efficient, jusqu'à ce qu'on change ».

Le critère de Kaldor-Hicks permet de mesurer monétairement les gains et les pertes. Mais, selon Calabresi, deux cas doivent être distingués :

- avec des coûts de transaction nuls, la compensation des perdants peut être assurée. L'intérêt des perdants est alors d'accepter le changement et de conditionner leur accord

à la perception d'une plus grande partie du surplus des gagnants. Avec un mécanisme de consentement unanime, le critère de Kaldor-Hicks devient une autre appellation du critère de Pareto ;

- avec des coûts de transaction positifs, la compensation des perdants n'est pas versée. Les gagnants deviennent plus riches, les perdants plus pauvres. Il est alors difficile d'esquiver la question distributive, que des économistes et des juristes de Yale (récemment qualifiés de membres de l'« école du New Haven » de *Law and Economics*), comme Calabresi ou Rose-Ackerman prennent en considération (Mercurio et Medema, 1997 [8]).

Les critiques de l'efficience allocative se concentrent particulièrement sur cette question de la répartition des revenus et des richesses. Par exemple, le choix entre un régime de responsabilité du fait des produits (qui fait assumer au fabricant le coût social des accidents provoqués par ses produits) et une règle de négligence (qui ne lui fait supporter la charge de la responsabilité que s'il a commis une faute) est un problème distributif : avec les premières, les fabricants sont rendus plus pauvres et les consommateurs plus riches que dans un régime de responsabilité pour faute. Mais, disent les avocats de l'efficience comme principe éthique (Posner), la mission des juges n'est pas d'intervenir sur la répartition, mais d'allouer les droits à leur usage le plus productif.

l'agent économique rationnel de la théorie néoclassique revient à faire de l'économie, et pas du droit, c'est-à-dire à nier la consistance du substrat juridique : « Ceux qui en viennent à identifier le droit à l'économie – ou le bon et vrai droit à la bonne et vraie économie – prennent le risque de perdre le contact avec la plus grande part de ce qui constitue le droit que nous connaissons tous en ce moment » (Michelman, 1978 [76]).

- L'économie du droit et son discours sur l'efficacité ne sont pas en mesure d'expliquer les revirements de jurisprudence, comme le démontre par exemple Michelman, qui met à l'épreuve la version explicative du droit et de son efficacité proposée par les économistes, en la confrontant à un problème de technique juridique : la substitution, dans la jurisprudence américaine, d'une règle de responsabilité du bailleur à une règle plus ancienne de *caveat* du preneur. Cet auteur démontre l'incapacité de l'économie du droit à expliquer, par des arguments d'efficacité, ce changement de règles de responsabilité (Michelman, 1978 [76]). Il s'est en effet produit aux États-Unis un revirement de jurisprudence en matière de responsabilité pour les dommages qui surviennent dans les logements vétustes. La règle anciennement pratiquée du *caveat* du preneur signifiait que le bailleur n'assumait pas la responsabilité des accidents qui pouvaient survenir dans les logements que les preneurs louaient, en quelque sorte, en connaissance de cause et à leurs risques et périls. Cette règle a été remplacée par la responsabilité du bailleur, y compris pour les accidents liés à la vétusté des logements. L'argument d'efficacité économique peut-il expliquer ce changement de régime juridique ? Selon Michelman, cela peut être mis en doute. En effet, il faudrait démontrer que le régime du *caveat* du preneur était inefficace, ce qui pose problème. La théorie économique indique en effet que la négociation permet de produire une solution efficace au sens de Pareto. Dans notre exemple, une telle solution devrait émerger au terme d'un processus qui consiste à faire peser les risques et leur réduction sur la partie qui est en mesure de les assumer au moindre coût :

- par exemple, le coût total de l'assurance peut être réduit lorsque le bailleur souscrit un contrat pour tous les logements

loués, par rapport à une situation où chaque locataire s'assure individuellement ;

– ou encore, le bailleur peut faire réaliser des travaux de rénovation et de sécurisation en contrepartie desquels les preneurs acceptent de payer un loyer légèrement plus élevé.

Or, de tels réaménagements des relations juridiques entre bailleurs et preneurs ne se sont pas produits spontanément. Le défaut d'arrangement privé est donc une faille du marché. Par conséquent, si ce n'est pas l'arrangement négocié qui peut expliquer l'abandon du *caveat* du preneur, il peut être supposé que ce sont les tribunaux qui en ont pris l'initiative au regard de considérations d'efficacité économique. Pour que cette hypothèse soit vraie, il faudrait admettre que le comportement des juges se situe entièrement sur le registre du calcul économique : qu'ils procèdent à l'évaluation économique des coûts de l'évitement des risques, les comparent, prennent en considération les effets indirects de l'attribution de la responsabilité, tels ceux qui peuvent survenir sur le marché locatif si les bailleurs sont tenus civilement responsables des conséquences des accidents survenus du fait de défauts de sécurité dans les logements (par exemple, un rationnement de l'offre d'habitations à faible loyer). Michelman estime que cette hypothèse est irréaliste. Il impute le passage de la règle du *caveat* du preneur à celle de la responsabilité du bailleur à une logique de la règle, à savoir le développement d'une réglementation municipale relative à la salubrité des logements et à la sécurité que les tribunaux mettent en œuvre et qui implique nécessairement sur le plan juridique, sans qu'elle soit prévue dans les règlements, la responsabilité du bailleur. Ce dernier est responsable des dommages créés par des accidents qui surviennent dans les logements loués, dès lors qu'ils ne sont pas conformes aux normes réglementaires.

Réglementation ou régulation judiciaire ?

L'une des questions importantes traitées par la littérature économique consacrée à la régulation des activités polluantes est celle de la définition du mécanisme juridique approprié. Deux grands procédés de correction des externalités ont été mis

en évidence et étudiés sous l'angle de leur efficience : d'une part, l'édition d'une réglementation *ex ante*, sous des formes et par des moyens divers, tels que la référence à des standards de qualité, l'imposition de taxes sur émissions polluantes, la mise en place de permis négociables de rejet, etc. (Lévêque, 1997 [161]). D'autre part, les règles de responsabilité civile et délictuelle, dont l'une des particularités est de renvoyer à une correction *ex post* des externalités, par le biais de procédures d'indemnisation des dommages causés par l'auteur de l'externalité négative.

La théorie économique du droit s'interroge sur l'efficience comparée du droit de la responsabilité délictuelle et de la réglementation en termes d'incitation à des comportements prudents d'évitement des pollutions et de minimisation du coût social des dommages (par exemple Shavell, 1984 [47]).

Les principaux résultats de cette littérature – outre le constat d'évidence que dans les réalités tangibles la réglementation et les règles de responsabilité coexistent et ne s'excluent nullement – consistent à définir les conditions d'efficience de ces deux procédés, en prenant en considération (Shavell, 1984 [47]) :

- la distribution des connaissances sur le caractère risqué d'une activité, entre l'autorité de réglementation et les agents privés. Ces connaissances se rapportent en particulier aux bénéfices liés à l'exercice d'une activité, aux coûts de la réduction des risques et à la probabilité de survenance des dommages. Lorsque les agents privés ont une meilleure connaissance de ces paramètres que l'autorité de réglementation, il serait préférable d'avoir recours aux règles de la responsabilité délictuelle, en particulier de la responsabilité pour faute, dont il est estimé qu'elle présente la vertu d'inciter à la prise de précaution appropriée (*due care*). La régulation judiciaire se révèle ici préférable à la réglementation ;

- la capacité à payer des auteurs de dommages, au titre des réparations au profit des victimes. Dans ce contexte, la réglementation semblerait préférable à la responsabilité, au regard du fait que cette dernière ne produit pas d'effets incitatifs lorsque l'importance monétaire du dommage excède la capacité de paiement de son auteur, même évaluée en termes

patrimoniaux. La réglementation serait, ici, préférable notamment parce qu'elle permettrait d'inciter à la réduction des risques ;

— la probabilité de poursuites judiciaires au titre du droit de la responsabilité, dont l'effet disciplinaire sur les comportements face au risque de créer des pollutions dommageables est conditionné par l'établissement d'une causalité entre un comportement et un dommage, ou encore par l'identification du pollueur et des pollués. La perspective de poursuites judiciaires n'a d'incidence sur le comportement des pollueurs qu'à la condition qu'une imputation des dommages à ces derniers soit possible ;

— les coûts de gestion et d'administration respectifs de la réglementation et de la responsabilité délictuelle. Le droit de la responsabilité aurait ceci d'avantageux qu'il ne crée de coûts de gestion et d'administration que lorsqu'il est activé suite à la survenance d'un dommage. De plus, un système de responsabilité pour faute qui fonctionne bien a deux vertus : d'une part, il incite à la prise de précautions et dissuade les victimes de dommages causés par un agent non fautif d'entamer des poursuites judiciaires ; d'autre part, le cas échéant, le contentieux entre l'auteur non fautif et la victime peut être réglé de manière moins coûteuse par une transaction que par un procès (Shavell, 1984 [47]).

IV / La responsabilité civile et délictuelle et le règlement des litiges

L'analyse économique du droit de la responsabilité et des modes de règlement des litiges est un domaine particulièrement investi par les spécialistes d'économie du droit. Une des raisons en est que les règles de responsabilité sont convoquées dans le traitement juridictionnel des litiges qui opposent l'auteur d'un préjudice et sa (ses) victime(s). De plus, ces règles se prêtent particulièrement bien à des analyses en termes soit d'internalisation des coûts sociaux et de réduction des coûts des accidents, soit d'incitation à des comportements prudents. Enfin, si l'on en croit la littérature économique, le régime juridique américain de la responsabilité civile s'apparente à une machinerie qui recèle une véritable économie des conflits fondée sur une logique du calcul, dans laquelle le traitement juridictionnel opère comme une machine à allouer des coûts et des gains monétaires et à produire des calculs coûts-avantages (par exemple, par l'évaluation du coût de l'évitement des risques mis en rapport avec la probabilité et le montant des dommages).

Le principe de compensation et les règles de responsabilité

Les règles de responsabilité sont l'occasion d'une analyse de la mise en œuvre du principe de compensation dans de nombreux compartiments du droit civil. Elles renvoient en effet

aux situations contentieuses induites, par exemple, par l'existence de nuisances, l'inexécution ou la rupture de contrats, les accidents de la circulation, les dommages causés par l'usage de produits défectueux, etc. Dans tous ces cas, l'analyse de la responsabilité se situe dans une tension entre, d'une part, un principe d'allocation des coûts des dommages et, d'autre part, un principe d'incitation à la prise de précaution.

L'attribution des droits et leur protection par une règle de responsabilité

Il importe de situer la place des règles de responsabilité dans l'ensemble des dispositifs d'attribution et de protection de droits.

Les analyses de Calabresi et Melamed (1972 [28]) permettent de clarifier cette question. Ces auteurs ont procédé à l'explicitation des phases que le système juridique doit suivre en matière normative : d'abord, résoudre le problème de l'attribution d'un droit (*entitlement decision*), ensuite, assurer la protection de ce droit ainsi attribué (*corrective justice question*).

Cette dernière pose le problème de la forme du droit, qui peut revêtir trois modalités : soit un droit absolu conféré par une règle de propriété (une *property rule*), qui offre la possibilité à son titulaire d'empêcher l'usage de l'objet protégé par un droit (par exemple une ressource, un bien matériel, un air pur...) ; soit un droit relatif (une *liability rule*, c'est-à-dire une règle de responsabilité civile), sous le régime duquel l'utilisateur de la ressource doit indemniser le titulaire qui n'est alors pas en mesure d'en assurer l'exclusivité ; soit, enfin, une règle d'inaliénabilité (une *inalienability rule*). La règle de propriété ouvre la possibilité d'une action en injonction (le tribunal formule, à l'endroit de l'auteur du préjudice, une injonction de mettre fin à la nuisance). La règle de responsabilité donne droit à une action en dommages et intérêts (l'auteur du préjudice doit indemniser la victime), alors que la règle d'inaliénabilité proscrie *de jure* toute modification, donc toute réallocation par arrangement privé ou juridictionnel, de ces droits (par exemple, les êtres humains ou leurs organes ne sont pas aliénables).

La règle de propriété et la règle de responsabilité relèvent de logiques différentes : les droits protégés par une règle de propriété peuvent donner lieu à des arrangements négociés, alors que ceux qui sont couverts par une règle de responsabilité ne s'y prêtent pas (contrairement à ce que Coase a pu suggérer).

	<i>Décision du second ordre</i>	
<i>Décisions du premier ordre</i>	<i>Détenteurs du droit</i>	
Règles de protection du droit	Victime	Auteur du dommage
Règles de propriété (<i>property rules</i>)	Cas I	Cas III
Règles de responsabilité (<i>liability rules</i>)	Cas II	Cas IV

Source : d'après MERCURO et RYAN, 1984 [9].

Dans le cas I, la victime se voit attribuer un droit à ne pas subir de nuisances. Ce droit est protégé par une règle de propriété ; il est néanmoins échangeable, à la condition que son titulaire y consente. Dans cette hypothèse, la victime peut céder une partie de son droit à un autre agent (disons, une entreprise polluante qui s'installe dans son voisinage) ; la victime fixe la valeur de la renonciation à l'exercice de son droit à ne pas être polluée. Dans le cas II, le droit de la victime est protégé par une règle de responsabilité, ce qui signifie que l'auteur des nuisances est responsable en dommages et intérêts du préjudice qu'il crée. À la différence du cas I, la victime n'a pas la possibilité d'agir en justice en vue d'une injonction à cesser l'activité polluante. Tout ce qu'elle peut faire, c'est obtenir une compensation sous la forme de dommages et intérêts dont le montant n'est pas négocié, mais fixé par le tribunal. Dans les cas III et IV, les droits sont attribués à l'auteur du préjudice : le cas III renvoie à une protection par une règle de propriété. Il s'agit, par exemple, du droit à exercer une activité, même si elle est source de nuisances. Mais ce droit est, là encore,

négociable, du moins si son titulaire y consent : la victime peut acheter la renonciation à la jouissance d'une partie de ce droit à son titulaire, ce qui relève du principe du « pollué-payeur ». Enfin, le cas IV renvoie à une situation où la victime n'a d'autre moyen, pour réduire les nuisances qu'elle subit, que de verser au pollueur des dommages et intérêts, c'est-à-dire une compensation fondée sur le bénéfice marginal que la réduction de la pollution par l'entreprise lui procure. Il s'agit, là aussi, d'un procédé du type « pollué-payeur ».

Un grand nombre de travaux ont été consacrés à l'étude des effets allocatifs, mais aussi distributifs, du recours aux deux instruments alternatifs que sont l'action en injonction et l'action en dommages et intérêts. Ces deux dernières relèvent, sur le plan de la procédure civile, de régimes spécifiques : du droit de la *property* dans le premier cas, du droit de la responsabilité délictuelle (*tort*) dans le second. Elle ne sont pas équivalentes du point de vue économique. En effet, les actions en *property* débouchent sur la délivrance au titulaire d'un droit d'un titre injonctif qui n'est pas échangeable de plein droit. Lorsqu'un tribunal rend une ordonnance enjoignant au défendeur de cesser son activité préjudiciable, le plaignant dont le droit est protégé n'est pas tenu de négocier en vue d'un réaménagement des droits sur le marché. En revanche, le régime du *tort* se situe sur le registre de l'indemnisation de la victime d'une activité créatrice de dommages, dont l'existence n'est ainsi pas remise en cause. Il y a là deux procédures d'évaluation de la valeur des droits : une procédure de marché dans le cas de la *property*, une procédure juridictionnelle dans celui de la responsabilité (Calabresi et Melamed, 1972 [28]).

L'analyse qui vient d'être faite permet d'entrer plus finement dans la boîte noire du droit de Coase et de jeter un regard critique sur sa thèse relative à la négociation privée. Coase voulait en effet rendre compatibles une logique de négociation (qui suppose des droits négociables) et une logique d'indemnisation (de compensation de la perte de l'un par les gains de l'autre). Mais il situait son exposé sur le terrain de la responsabilité pour dommages. Or, juridiquement, celle-ci est incompatible avec la négociation car elle ne crée pas de droits négociables : elle détermine la valeur d'un préjudice, et donc

celle de la créance d'indemnité à payer. Il n'y a pas, ici, matière à négociation ou à échange. En revanche, l'univers de Coase se situe sur le plan des droits protégés par une règle de propriété, qui crée effectivement des droits négociables : le réaménagement des droits attribués par un tribunal n'est logiquement concevable que dans ce seul contexte.

Les règles de responsabilité (liability rules) et le droit de la responsabilité délictuelle (tort law)

L'analyse économique du droit a largement investi le domaine de l'étude des aspects d'efficacité des règles du droit de la responsabilité civile et délictuelle (Cooter, 1991 [33]). De nombreux travaux analysent les conditions d'une application pertinente des différents mécanismes juridiques de la responsabilité, dans des circonstances diverses.

Le domaine de la responsabilité délictuelle est celui dans lequel des actes, qu'ils soient intentionnels ou non, sont des violations des droits d'autres agents, qui subissent ainsi un préjudice. Sur le principe, le régime juridique de la responsabilité délictuelle ouvre à la victime d'un préjudice la possibilité d'ester en justice en vue du versement de dommages et intérêts (*suit for damages*). Mais cela ne signifie pas pour autant une indemnisation systématique des victimes ; en effet, la mise en œuvre concrète du droit de la responsabilité délictuelle par les juridictions civiles se caractérise, schématiquement, par la recherche au cas par cas des spécificités de l'espèce au regard de deux types de questions :

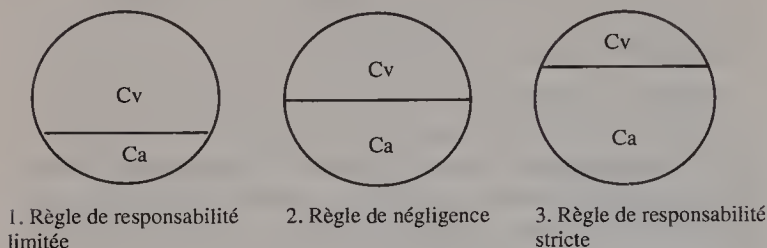
- le préjudice causé est-il imputable au comportement d'un auteur déterminé, ou est-il le résultat d'un risque incompressible et inévitable lié à la vie en société (*background risk*) ?

- dans le cas où un comportement délictueux est mis en cause, le préjudice doit-il être mis ou non sous l'emprise de la responsabilité pour faute ? Dans l'affirmative, les règles pertinentes sont celles de la négligence (*negligence rule*), alors que dans le cas contraire ce sont celles de la responsabilité stricte (*strict liability*).

Du point de vue économique, ces différentes éventualités ont une importance en termes d'imputation des coûts des accidents

que la représentation graphique suivante permet d'illustrer. Chaque sphère représente le coût social des accidents (montant du préjudice pour la victime, frais de justice et de procédure, coûts de gestion de l'appareil judiciaire, etc.). C_v est le coût supporté par la victime, C_a celui imputé à l'auteur du préjudice.

FIGURE 1. – Mercurio et Medema, 1997 [8].



Dans le cas 1, les dommages causés par le fait de risques inévitables (les *background risks*) et subis par les victimes ne font pas, pour l'essentiel, l'objet d'une compensation sous la forme d'une indemnisation. À l'inverse, le cas 3 illustre l'importance des charges d'indemnisation qui pèsent sur les auteurs de dommages dans un régime de responsabilité stricte. Enfin, dans un régime de responsabilité pour faute (cas 2), le coût social des accidents se partage entre les auteurs fautifs et les victimes de dommages causés par des agents qui n'ont pas fait preuve de négligence. Cette représentation, qui n'intègre pas les mécanismes assurantiels, permet de poser le problème des fonctions économiques de la responsabilité, en particulier en matière de réduction du coût social des accidents. Cela revient, schématiquement à évaluer les effets des différentes règles de responsabilité sur l'importance du coût social des accidents (la dimension des sphères de la figure 1).

Les fonctions économiques de la responsabilité

Le droit de la responsabilité civile vise trois catégories d'objectifs, souvent considérés comme difficilement compatibles : prévenir les nuisances en incitant à la prudence ; assurer

l'indemnisation des victimes ; répartir les risques dans la société.

Le droit de la responsabilité et les incitations à la prise de précautions

Du point de vue économique, deux mécanismes juridiques peuvent être évalués quant à leur capacité à produire des incitations efficaces en termes de réduction de l'importance des actions sources de dommages : la responsabilité stricte et la règle de négligence.

- *La responsabilité stricte.* – Dans ce domaine, le droit de la responsabilité revient à conférer un prix à une externalité, dans la mesure où son auteur est rendu civilement responsable des dommages qu'il crée, qu'une faute ait été commise ou non. Il peut donc être associé à une logique d'internalisation des effets externes, suivant une modalité différente de la solution de Pigou (la taxation), mais pas sur le principe. La raison économique de la responsabilité stricte revient alors à créer, du moins sur le principe, une incitation à des comportements efficaces, c'est-à-dire à se comporter de telle manière que le coût social d'une action n'excède pas son coût privé ou à faire en sorte que le coût social soit pris en considération dans le calcul économique de l'auteur d'un effet externe.

C'est alors le principe de compensation du dommage créé qui joue un rôle premier. Mais l'efficacité de la responsabilité stricte est sujette à débats. Pour certains spécialistes, la réalité des traitements juridictionnels des conflits sous ce régime est riche en situations où la compensation est non optimale. En effet, le montant de l'indemnisation de la victime peut être soit supérieur, soit inférieur à la perte de bien-être subie, ce qui rend imparfait le mécanisme d'internalisation.

Dans ces situations de sous-compensation ou de surcompensation, la règle de responsabilité stricte crée une distorsion des incitations et rend l'internalisation imparfaite. Le droit de la responsabilité stricte serait alors, de ce point de vue, inefficace.

• *La règle de négligence.* – Ces limites de la responsabilité stricte peuvent être évitées par le recours à la règle de négligence, c'est-à-dire à la responsabilité pour faute. Elle ne vise pas à établir un prix de l'externalité, mais à susciter un standard légal de comportement, qui renvoie essentiellement à la prise de précaution sur la base de la conformité à un standard prudentiel (notion juridique de *due care*). Ce dernier peut être implicite ou découvert au cas par cas par les juges à partir d'un critère de raisonnabilité ; il peut encore être établi collectivement, par exemple sous la forme d'un code de conduite élaboré par une organisation professionnelle ou d'une charte de déontologie ou, enfin, par le biais de la réglementation. L'auteur d'un dommage n'en sera tenu civilement responsable qu'à la condition qu'il ait fait preuve de négligence.

Supposons ici que la survenance d'un accident soit fonction de l'importance des précautions (coûteuses) prises par son auteur potentiel et sa victime potentielle (respectivement x et y). La probabilité de l'évitement d'un accident est alors fonction des dépenses de précaution des deux agents : $p = p(x,y)$. La probabilité d'un accident est $1 - p(x,y)$. Notons a la valeur du préjudice créé par l'accident. Le coût social SC de l'accident est alors la somme des coûts de précaution et du préjudice anticipé :

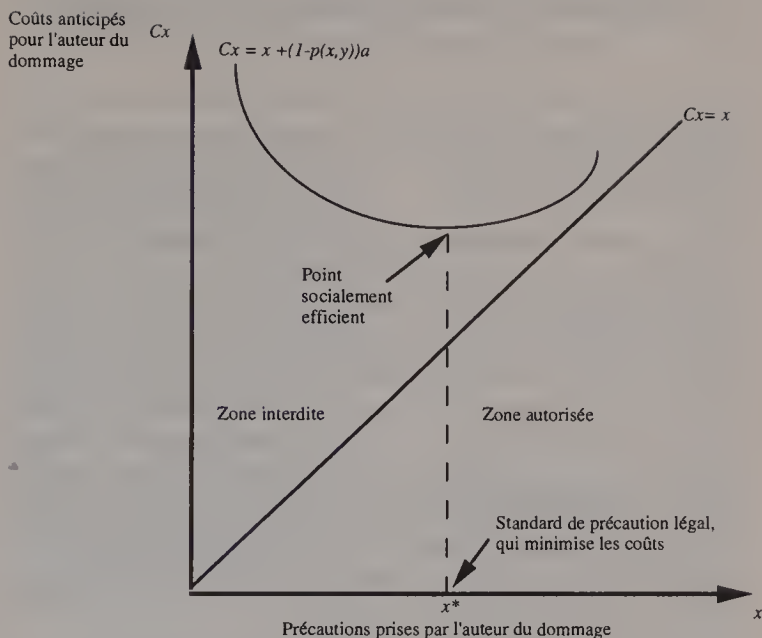
$$SC = x + y + (1 - p(x,y))a$$

Sous la règle de négligence, le coût de l'accident pour l'auteur est différent selon qu'il est en faute, ou non, donc du niveau de ses précautions (figure 2).

Dans la zone autorisée, les dépenses de précaution (x) prises par l'auteur de l'accident excèdent celles fixées par le standard légal (x^*). Il échappe à la responsabilité car il n'est pas fautif. Le coût de l'accident est, pour lui, égal à ses dépenses de précaution : $Cx = x$ pour $x \geq x^*$. Dans la zone interdite, les dépenses de précaution sont inférieures au standard légal : l'auteur de l'accident est responsable des dommages créés, le coût de l'accident devient pour lui : $Cx = x + (1 - p(x,y))a$ pour $x < x^*$.

La question du niveau optimal de précaution est au cœur de la règle posée par le juge Hand dans la décision de la Cour suprême fédérale *United States vs. Carrol Towing Co.* en 1947.

FIGURE 2. – Cooter, 1985 [31]



La formule de Hand stipule que l'auteur d'un préjudice doit être tenu pour responsable sur le plan civil, aussi longtemps que le coût de la prise de précaution (B) est inférieur au coût de l'accident (L) multiplié par sa probabilité (P), soit : $B < PL$. Mais la survenance d'un accident peut être le fait de deux acteurs : l'auteur, mais aussi la victime, sur qui peut également peser une obligation de prise de précaution (encadré suivant).

La responsabilité stricte et l'internalisation des coûts

Sous un régime de responsabilité stricte, l'auteur d'un dommage est responsable du préjudice qu'il cause à autrui, qu'il ait commis ou non une faute. Il est souvent reproché à ce principe de responsabilité sans faute de sanctionner des comportements non intentionnels et, ainsi, de ne pas exercer d'effets incitatifs à la prudence. De plus, la responsabilité stricte pourrait être assimilée à un mécanisme d'assurance

L'application de la règle de Hand et la précaution

D'après Mercurio et Ryan, 1984 [9]

Deux exemples numériques simples peuvent illustrer le principe et les implications de la règle de Hand.

Soit :

C_a^X , le coût d'un accident pour la victime X ;

C_{av}^Y , le coût de la précaution pour l'auteur de l'accident Y ;

P_a , la probabilité de l'accident en l'absence de précaution, avec $P_a = 0,8$;

P'_a , la probabilité de l'accident si des précautions sont prises, avec $P'_a = 0,2$.

Cas 1 – La règle simple de Hand.

Dans sa version la plus simple, la règle montre que l'auteur de l'accident n'en sera responsable que si le coût anticipé de l'accident est supérieur aux coûts de la précaution, soit $P_a \cdot C_a^X > C_{av}^Y$.

Admettons que :

$$C_a^X = 1\,000 ;$$

$$C_{av}^Y = 500 ;$$

$$P_a = 0,8 ;$$

$$P'_a = 0,2.$$

L'auteur de l'accident peut considérer que s'il ne prend pas de mesures de précaution, il sera négligent, donc responsable : $0,8 \cdot 1\,000 > 500$. En l'absence de précautions, le coût social de l'accident sera :

$$800 + 500 = 1\,300.$$

La possibilité d'être civilement responsable va inciter Y à adopter un comportement de prudence et à prendre des mesures de précaution. Dès lors, il ne sera plus tenu pour responsable du fait de sa négligence : $0,2 \cdot 1\,000 < 500$. Le coût social de l'accident diminue par rapport à la situation initiale : il s'élève désormais à $200 + 500 = 700$. La règle de Hand fournit des

incitations efficaces à la prudence et minimise le coût social de l'accident.

Cas 2 – La règle de Hand avec faute contributive de la victime (*contributory negligence*). L'auteur de l'accident en sera responsable si trois conditions sont réunies : 1. si le coût anticipé de l'accident est supérieur aux coûts de précaution pour l'auteur ; 2. si le coût anticipé de l'accident est supérieur aux coûts de précaution pour la victime ; 3. si le coût de la précaution de la victime est plus élevé que le coût de la précaution pour l'auteur de l'accident. Ici est pris en compte le fait que l'accident est aussi le fait du comportement de la victime et que les coûts de la précaution diffèrent entre les deux parties :

$$\text{si } P_a \cdot C_a^X > C_{av}^Y ;$$

$$\text{et si } P_a \cdot C_a^X > C_{av}^X ;$$

$$\text{et si } C_{av}^X > C_{av}^Y ;$$

alors l'auteur de l'accident (Y) en sera civilement responsable. Avec les données numériques précédentes et l'hypothèse que le coût de la précaution pour la victime (C_{av}^X) s'élève à 600, on obtient :

$$0,8 \cdot 1\,000 > 500 ;$$

$$0,8 \cdot 1\,000 > 600 ;$$

$$600 > 500.$$

Du fait qu'il est responsable, l'auteur du dommage s'engagera dans des actions de prévention de l'accident qui lui coûtent 500 mais réduisent la probabilité de l'accident à 0,2 et lui confèrent un coût de 700 ($200 + 500$). Inversement, si c'est la victime qui se voit attribuer la responsabilité de l'accident, le coût total de l'accident aurait été plus élevé, à hauteur de 800, composé du coût de la précaution (600) et du coût anticipé de l'accident ($0,2 \cdot 1\,000$).

généralisée des victimes, du fait de l'automatisme de leur indemnisation. Elle pousserait, entre autres, les victimes à s'exonérer d'une prise de précautions.

- *Les inconvénients de la responsabilité stricte.* – Ce régime de responsabilité présenterait une série d'inconvénients, relevés par des économistes du droit (Lemennicier, 1991 [6]) ou des juristes (Engel, 1993 [38]) :

- il déresponsabiliserait les individus, tant les auteurs de dommages que les victimes, les premiers sont tenus d'indemniser les secondes, même si leur comportement n'est pas en cause. En effet, les auteurs de dommages ne sont pas incités à prendre des précautions car celles-ci ne les exonèrent pas de leur responsabilité. Les victimes bénéficieraient d'une véritable garantie d'indemnisation ;

- il serait excessivement centré sur les victimes et la réparation des dommages, donc sur une logique d'indemnisation et non de responsabilisation des acteurs ;

- il conduirait à exclure la notion de faute et la sanction des actes fautifs ;

- il s'assimile à un système d'assurance tous risques pour les victimes et, ainsi, place le législateur et le juge en position d'interférer avec le système de prix des assureurs et de contrarier l'ordre spontané du marché de l'assurance ;

- il entraînerait des effets pervers, comme l'augmentation du nombre des accidents mortels.

Cette présentation théorique des défauts de la responsabilité stricte repose sur une vision qui pêche par son excès de généralité et n'est pas exempte de jugements moraux qui se substituent à un examen empirique du fonctionnement du régime juridique de la responsabilité.

- *Nécessité d'un examen empirique.* – Par exemple, le dispositif français d'indemnisation des victimes d'accidents corporels de la circulation n'a, ainsi, pas fait disparaître la faute, même si la loi Badinter de 1985 vise à établir un droit à réparation. En fait, cette loi oblige l'assureur de responsabilité de l'auteur d'un accident à faire une proposition d'offre d'indemnisation à la victime, qui peut d'ailleurs consister en un

refus d'indemnisation en cas de comportement fautif de cette dernière. Cette loi n'est pas orientée vers l'objectif d'indemnisation systématique des victimes. Elle organise, procéduralement, le mécanisme de négociation sur le mode transactionnel en prévenant la fréquente inertie, antérieure à la loi, de l'assureur. En effet, si l'assureur ne faisait aucun geste d'indemnisation de la victime, cette dernière était dans l'obligation d'activer un recours juridictionnel pour obtenir la fixation et le versement de sa créance d'indemnisation (Serverin, 1997 [46]).

Par ailleurs, un dispositif d'indemnisation fondé sur la responsabilité stricte n'est pas contradictoire avec la sanction des actes fautifs. L'indemnisation repose sur la responsabilité civile, mais la sanction est du ressort de la responsabilité pénale.

Ces deux problèmes de l'indemnisation et de la sanction de la faute relèvent en fait de niveaux différents d'intervention publique, que Calabresi (1965 [29]) a qualifié en ces termes : dans les sociétés industrialisées, les dommages ne sont pas tant le fait de comportements que d'activités. Ce sont les activités qui provoquent, en quelque sorte fatalement, des accidents ou des dommages : la circulation routière, le percement d'un tunnel sous le mont Blanc, l'exploitation d'une entreprise industrielle, etc. Or, la responsabilité pour faute s'applique non pas aux activités, mais aux comportements.

• *Quelles finalités pour le droit de la responsabilité ?* – Il convient de distinguer les problèmes et de clarifier les finalités de la responsabilité. Calabresi propose d'associer la responsabilité à un principe d'internalisation des coûts sociaux provoqués par les activités. La responsabilité stricte appliquée aux activités reviendrait à établir un double mécanisme, d'une part, de révélation et de prise en compte des coûts sociaux et, d'autre part, d'évaluation de la valeur des activités compte tenu de leur coût social. Ce mécanisme permettrait de distinguer entre les activités « peu utiles » (*useless*) et celles qui présentent un intérêt pour la collectivité, c'est-à-dire produisent des gains sociaux en contrepartie de leur dangerosité. Or, la tolérance d'activités qui occasionnent des dommages est un

problème non seulement d'évaluation économique, mais aussi politique. Elle traduit des choix collectifs.

Le problème de la responsabilité pour faute est qu'elle sanctionne des comportements, alors que ce sont les activités qui créent des dommages. Elle conduit à n'internaliser les coûts sociaux que dans les cas où les dommages sont le résultat d'un comportement fautif.

Responsabilité et assurance

Le droit de la responsabilité fonctionne comme un mécanisme d'imputation des coûts des accidents et des dommages. En première instance, ces coûts sont supportés ou par la victime, ou par l'auteur du dommage, ou par la collectivité lorsque le risque fait l'objet d'une couverture par un système d'assurance sociale. Nous avons vu qu'avec la responsabilité stricte les coûts sont supportés par l'auteur du dommage dans la mesure où il est tenu d'indemniser la victime. Dans un régime de responsabilité pour faute, les coûts sont assumés par la victime si l'auteur du dommage n'a pas commis de faute.

Les développements qui suivent confrontent deux modèles d'analyse : celui d'une économie du droit normative plus centrée sur le sujet-agent rationnel que sur le cadre juridique (par exemple Cooter, 1985 [31] ; Lemennicier, 1991 [6]) ; celui d'une économie du droit positive, sensible à la fois au contexte institutionnel et aux recherches empiriques (par exemple Epstein, 1995 [39] ; Priest, 1991 [45]).

• *Un schéma simplifié.* – Dans l'interprétation économique courante, les conséquences de l'assurance sont envisagées dans deux situations. En premier lieu, dans un régime de responsabilité stricte, les auteurs potentiels de dommages sont incités à contracter une assurance de responsabilité par laquelle leur assureur indemnise la victime. Le coût de l'accident pour l'auteur n'est plus le montant des réparations versé à la victime, mais celui de sa prime d'assurance. La charge de l'assurance revient à l'auteur de l'accident, les victimes étant réputées n'avoir aucun intérêt à contracter une assurance dommages du fait qu'elles bénéficient d'une garantie d'indemnisation. La

responsabilité impute les coûts de l'accident, mais elle n'est pas incitatrice à la prudence dont la charge revient, de fait, à l'assureur par le biais de la prime d'assurance.

Dans le cas d'une responsabilité pour faute, l'auteur de l'accident n'active son assurance de responsabilité que s'il a commis une faute qui l'oblige à indemniser la victime. Mais il convient de préciser à qui revient la charge de définir la faute et, en corollaire, du montant de précaution exonératoire de responsabilité : est-ce du ressort du juge ou de l'assureur ? Si c'est le premier qui impose une norme, l'assureur calcule le montant des primes d'assurance de manière à inciter au respect de la norme, qui peut ne pas correspondre au montant optimal de précaution. C'est pourquoi certains préféreraient que le pilotage des comportements soit du ressort exclusif de l'assureur, considéré comme mieux à même d'estimer les risques, d'avoir l'information nécessaire, de définir le montant optimal de précaution.

Cette présentation est normative et non pas positive. Elle repose sur une schématisation des mécanismes assurantiels et de responsabilité civile, qui revient à poser en alternative des principes qui, en réalité, sont complémentaires (voir l'encadré suivant). Elle revient à défendre l'idée que les comportements individuels, en particulier celui des usagers de la route, sont guidés par une logique de calcul des gains du conducteur selon la vitesse pratiquée, des coûts des accidents et, surtout, des primes d'assurance. On peut admettre que cette vue n'est guère réaliste et que le comportement des automobilistes est davantage guidé par la réglementation de la circulation que par le droit de la responsabilité et les polices d'assurance.

- *L'évolution du droit de la responsabilité : de la faute au risque ?* – L'évolution du droit de la responsabilité, notamment aux États-Unis, est souvent perçue comme marquée par le recul de la faute et par l'expansion de la responsabilité stricte, en particulier en matière de responsabilité du fait des produits.

Aux États-Unis, le passage d'un système fondé sur la faute et la notion de négligence à un régime de responsabilité stricte s'est produit dans le courant des années soixante, mais ses ingrédients ont été mis en place antérieurement. C'est en

La complexité des mécanismes d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation automobile

D'après Serverin, 1997 [46]

Les accidents de la circulation automobile mettent en jeu le droit de la responsabilité, les mécanismes de l'assurance et la réglementation. La représentation qu'en donnent certains économistes nord-américains revient à les considérer comme substituables : la responsabilité stricte n'a pas d'effets sur le comportement des conducteurs. Qu'ils aient fait preuve de prudence ou non, ils sont tenus d'indemniser les victimes. La responsabilité sans faute peut alors être assimilée à une assurance d'indemnisation des victimes. Il serait donc efficace de faire reposer l'incitation à une conduite prudente sur les mécanismes de l'assurance, mieux à même avec son système de prix, d'évaluer les risques. Quand c'est la responsabilité pour faute qui est utilisée, le problème qui se pose est celui de l'indemnisation des victimes de conducteurs non fautifs. La réglementation est souvent présentée comme inefficace : elle n'a pas d'effets en termes de réduction du nombre des accidents, elle produit même l'effet inverse (Peltzman, 1975 [11]). La responsabilité serait alors préférable à la réglementation.

Concrètement, en droit français, le mécanisme de l'indemnisation des victimes est organisé par la loi du 5 juillet 1985, qui prévoit qu'elle soit de nature transactionnelle et non juridictionnelle. La loi impose à l'assureur de responsabilité du conducteur de faire une offre d'indemnisation, qui peut aussi consister en une proposition de non-indemnisation

s'il estime que la victime a commis une faute. En tout cas, la loi de 1985 institutionnalise un processus de négociation dont l'enjeu n'est pas l'échange de droits, comme dans le schéma coasien, mais leur obtention et, dans le même temps, la fixation du montant monétaire de la créance d'indemnité. Il s'agit de transformer un droit de principe à indemnisation en une créance liquide et exigible, dont le montant n'est pas prédéterminé.

L'indemnisation des victimes et le régime de responsabilité n'excluent pas la faute. Le fait que le conducteur ait eu un comportement fautif n'est, certes, pas un obstacle à l'indemnisation de la victime par son assureur de responsabilité. Mais, pourtant, ce mécanisme ne relève pas complètement de la responsabilité stricte et n'est pas sans rapport avec la réglementation de la circulation automobile : la faute du conducteur peut être sanctionnée pénalement. Elle est estimée en référence aux règles qui s'appliquent à la circulation automobile, la réglementation servant alors à « étalonner » des comportements. Enfin, l'assureur de responsabilité du conducteur peut ou lui opposer un refus d'indemnisation pour ses propres dommages corporels, ou exercer à son encontre un recours subrogatoire, qui lui permet de recouvrer tout ou partie de l'indemnisation versée à la victime. La même faculté est ouverte aux organismes d'assurance sociale. Dans l'hypothèse où la victime aurait commis une faute,

l'assureur de responsabilité peut prendre l'initiative d'une non-indemnisation.

Les mécanismes de l'indemnisation se caractérisent par le fait que les actions des protagonistes sont juridiquement situées. Elles s'inscrivent dans un cadre juridique qui met en jeu la loi de 1985, le droit de la responsabilité, le droit de sécurité sociale, le droit de la transaction, le droit des assurances. En tout cas, ils sont difficilement réductibles à des alternatives entre la responsabilité ou l'assurance, la responsabilité stricte ou la responsabilité pour faute, ce qui est pourtant une manière fréquente de penser la question. Par exemple, Lemennicier avance que « les économistes préfèrent l'assurance à la

réglementation ou au système de responsabilité civile ». Engel estime que le défaut du régime de responsabilité stricte, qui permet pourtant d'indemniser les victimes d'accidents, est de déresponsabiliser les individus dans la mesure où ils ne sont pas comptables de leurs actes. C'est faire l'impasse sur la responsabilité pénale, qui sanctionne des actes fautifs et n'a pas échappé à Calabresi lorsqu'il proposait d'articuler les règles pénales et la responsabilité civile sans faute : s'il revient à la seconde la double mission d'internaliser les coûts et d'indemniser les victimes, la raison d'être des premières est d'inciter à la prudence et de sanctionner les comportements fautifs.

particulier l'affirmation de la nécessité d'assigner au régime juridique de la responsabilité des objectifs en termes de politique publique – à savoir une meilleure indemnisation des victimes – qui a joué un rôle important. En effet, la notion de négligence a longtemps été entendue par les juges américains dans les termes d'un écart à une conduite « normale ». Or, un régime de la responsabilité fondé sur un critère d'anormalité a pour corollaire une faible fréquence d'indemnisation des victimes. Le développement de la circulation automobile et de la société de consommation a été à l'origine, aux États-Unis, d'un vaste débat sur les finalités de la responsabilité à partir des années trente. L'idée d'un régime juridique tourné davantage vers l'internalisation des coûts et l'indemnisation des victimes que vers la sanction de la négligence s'est progressivement imposée, en particulier dans le domaine des produits défectueux (Priest, 1991 [45]).

Les grands traits du régime américain actuel de la responsabilité peuvent être résumés dans les termes suivants.

- Le développement de la responsabilité stricte est certes manifeste, mais il serait erroné de conclure à la disparition de la faute et de la négligence. La tendance est, dans l'ensemble,

dominante, mais le système juridique américain n'est pas à ce point homogène qu'il se prête à une schématisation.

- La responsabilité stricte touche certains domaines davantage que d'autres et n'exclut pas la faute – la règle de négligence demeure largement appliquée en matière d'accidents de la circulation, elle l'est rarement dans le domaine des produits explosifs. En effet, le contexte jurisprudentiel fait que tous les conflits en responsabilité ne sont pas réglés sur le principe de la responsabilité sans faute. Par ailleurs, même si les *Restatements of Torts* de l'American Law Institute ont adopté le principe de la responsabilité stricte, ces documents qui synthétisent périodiquement les précédents judiciaires significatifs ne formulent que des recommandations auxquelles les juges ne sont pas obligés de se tenir.

- La responsabilité et la réglementation ne s'excluent nullement. Le régime de la responsabilité s'appuie sur des dispositions statutaires et réglementaires, qui permettent aux tribunaux de qualifier le comportement des parties en conflit, en particulier en matière d'accidents de la circulation (Crawford, 1990 [34]).

- L'essor de la responsabilité stricte s'est traduit par un transfert de la charge de l'assurance. En effet, lorsque la responsabilité pour faute était prédominante, le poids de l'assurance était supporté, avant tout, par les victimes potentielles au titre de l'assurance personnelle contre les dommages subis. Dans le contexte d'une responsabilité stricte, ce sont les auteurs de dommages qui en supportent la charge, au titre de l'assurance de responsabilité (Priest, 1991 [45]).

Techniquement, la prise en considération du cadre procédural des conflits en responsabilité aux États-Unis permet également de nuancer la thèse de la dérive de la responsabilité sans faute. Des spécialistes estiment en effet que le droit américain de la responsabilité est encore largement fondé sur la faute (Cohen-Tanugi et Ruegg, 1993 [30] ; Crawford, 1990 [34]).

- La règle de négligence est encore largement utilisée, mais dans un nombre significatif de cas la victime se voit dispensée d'en apporter la preuve.

Le droit de la responsabilité aux États-Unis : un bilan difficile

Le fonctionnement du système américain de responsabilité civile et délictuelle se prête difficilement à un bilan. Il est délicat de le qualifier comme exprimant le règne de la responsabilité stricte et la disparition de la faute. Les tableaux qui en sont dressés ne manquent pas, pourtant, d'évoquer les « dérives » de la responsabilité outre-Atlantique, telles que :

- la multiplication du nombre de procès, en particulier au titre de la responsabilité du fait des produits et des pratiques médicales ;

- la disparition de la nécessité d'établir, au cours des procédures judiciaires, une relation de cause à effet entre un acte ou un produit et un dommage ;

- une définition extensive des dommages indemnifiables, bien au-delà des dommages corporels ;

- le fait que les juges et les jurés pratiquent une manipulation jurisprudentielle des contrats ;

- une dégradation de la compétitivité des produits américains, compte tenu des surcoûts imposés aux producteurs au titre de l'assurance de responsabilité et de l'indemnisation des consommateurs.

Cette image du système américain de responsabilité pose deux problèmes. D'une part, elle n'est pas fondée sur des données statistiques significatives et, d'autre part, elle ne repose pas sur une prise en compte suffisamment fine des mécanismes juridiques.

Les fondements empiriques font défaut pour que l'on puisse confirmer les éléments de diagnostic évoqués

plus haut ou, du moins, procéder à des généralisations à partir de situations particulières. Les résultats des études empiriques montrent en effet des profils contrastés.

- Dans le secteur aéronautique, les données de la Federal Aeronautics Administration et de la General Aviation Manufacturers Association confirment l'ampleur des conséquences économiques de la responsabilité étendue des constructeurs ; le coût de l'assurance de responsabilité créait en 1986 un surcoût de 75 000 à 80 000 dollars sur le prix de revient d'un petit avion, qui serait un facteur non négligeable de l'importante contraction du volume de production de ces produits. Par ailleurs, ces données montrent une forte divergence entre deux tendances : la diminution de la mortalité due à des accidents d'avion se double d'un accroissement brutal des paiements d'indemnités en dommages et intérêts effectués par les constructeurs (Priest, 1991 [45]).

- Une étude de la RAND Corporation aboutit au résultat suivant : sur cent victimes d'un préjudice grave lié à l'utilisation de biens de consommation, vingt ont envisagé d'intenter un procès au fabricant, cinq seulement ont consulté un avocat. Parmi ces dernières, deux seulement ont eu recours à une procédure judiciaire, et une seule a été indemnisée (D. H. Hensler et *al.*, « Compensation for Accidental Injuries in the United States », cité par Cohen-Tanugi et Ruegg, 1993 [30]).

• Une recherche effectuée par la Harvard Law School et la Harvard Medical School à partir de 30 000 dossiers sélectionnés au hasard, en matière de responsabilité médicale, a produit des résultats significatifs : 3,7 % seulement des hospitalisations aboutissaient à des conséquences nocives liées à un acte médical. Or, 27,6 % de ces effets préjudiciables résultaient d'une négligence ; ils représentent 1 % de l'ensemble des hospitalisations. En matière de poursuites judiciaires au titre de la responsabilité pour les aléas

thérapeutiques (*medical malpractice*), l'étude s'est concentrée sur l'État de New York. Elle a mis en évidence que le nombre de patients victimes d'un préjudice imputable à une négligence du médecin ou de l'établissement hospitalier était seize fois supérieur à celui des bénéficiaires d'une indemnisation. Cette conclusion ne confirme pas, bien au contraire, la thèse de la surenchère de l'indemnisation (voir E.A. Davis, « Les difficultés de l'indemnisation du dommage médical aux États-Unis », *Le Débat*, n° 76, 1993).

• Ce qui ressemble en apparence à une responsabilité sans faute est en réalité une construction nouvelle de la négligence. Par exemple, dans le domaine de la responsabilité du fait des produits, les tribunaux font usage de la notion de *least cost avoider* : le fabricant étant mieux informé des risques que fait courir l'usage du produit, la prise de précautions (par exemple sous la forme d'un mode d'emploi détaillé ou d'avertissements) étant peu coûteuse, la responsabilité ne lui est imputée que s'il a manqué à produire ces informations. Dans d'autres cas, c'est un défaut de précautions (donc une faute) qui peut être imputé aux fabricants de produits dont la conception est défectueuse. La notion juridique de preuve prépondérante permet aux juges, aux jurés, voire aux défenseurs, de prendre en considération le rapport entre la probabilité de la survenance d'un dommage et le coût des mesures de prévention et leur utilité.

• Les demandeurs contribuent fortement à orienter le règlement d'un litige, soit sur le chef de la responsabilité pour faute, soit sur celui de la responsabilité stricte. Mais il est difficile d'inférer de la nature d'une demande des conclusions sur les résultats en termes d'imputation de la responsabilité ou d'indemnisation. Il semblerait cependant que le nombre d'actions au titre de la responsabilité stricte soit plus important que celles liées à la négligence. Une explication plausible en est que les demandeurs arbitrent en faveur de l'obtention de

dommages et intérêts plafonnés dans le premier cas, au détriment du bénéfice d'une indemnisation non plafonnée mais plus incertaine dans le second cas. En effet, dans les actions en négligence, la lourdeur de la procédure d'établissement de la preuve de la faute en amont du procès, dans le cadre du *pre-trial discovery*, la nécessité d'emporter la conviction des jurés rendent plus incertains l'établissement et la fixation de la créance d'indemnité.

- La réalité du traitement juridictionnel des affaires en responsabilité ne se laisse pas facilement enfermer dans des catégories étanches. Que les actions soient initiées en responsabilité stricte ou en négligence, il semblerait que les juges opèrent majoritairement un partage des responsabilités entre le plaignant et le défendeur, en utilisant les règles jurisprudentielles de faute contributive ou de fautes comparées (Crawford, 1990 [34]).

Le cadre procédural du règlement des litiges civils : règlement juridictionnel ou arrangement privé ?

L'une des questions posées par le théorème de Coase est celle du choix entre deux modalités de règlement des différends : la solution juridictionnelle (le recours au tribunal) et l'arrangement privé (la transaction). Nous avons vu précédemment (chapitre III) que la seconde ne prend pas place hors du droit. Il importe maintenant de préciser deux points : d'une part, le cadre procédural de la résolution des litiges et, d'autre part, les raisons économiques du choix entre une solution juridictionnelle et une pratique transactionnelle.

Règles de procédures et chronologie d'un litige

Cooter et Rubinfeld (1989 [48]) mettent en évidence l'importance du cadre procédural du règlement des litiges civils pour l'analyse économique de ces derniers. Ils repèrent, dans une chronologie des conflits civils, quatre étapes, qu'ils associent aux règles de procédure suivies par les juridictions.

- La première étape est la survenance de la cause du litige, facteur d'un préjudice ou d'un dommage. La survenance de cette cause, un accident par exemple, est liée au comportement prudentiel des parties en présence, comme cela a été exposé précédemment.

- La deuxième étape est celle au cours de laquelle la partie qui s'estime avoir été victime d'un préjudice décide d'entamer – ou non – une procédure judiciaire. Ce choix dépendra, si l'on a affaire à un individu économiquement rationnel, d'une balance entre les coûts immédiats de la procédure (honoraires d'un avocat, coûts divers) et le gain attendu d'une décision du tribunal en sa faveur.

- La troisième étape survient postérieurement à la formulation de la plainte auprès de l'organe juridictionnel, mais avant le procès. Au cours de cette étape, les parties mettent en forme leur désaccord, procèdent aux auditions préliminaires avec le juge, s'échangent leurs preuves, établissent le calendrier du procès (*pretrial negotiation*). Le juge cherche, ici, à encourager le plaignant et le défendeur à transiger, c'est-à-dire à élaborer une solution amiable à leur différend. La discussion sur un arrangement préjuridictionnel s'apparente à un marchandage, dont la solution coopérative débouche sur une transaction et dont la solution non coopérative conduit à la tenue du procès devant le juge.

- La quatrième et dernière étape est celle, le cas échéant, du procès. Cette ultime étape du traitement juridictionnel peut être interprétée de deux points de vue : d'un point de vue privé, le procès est considéré comme un lieu de traitement d'intérêts conflictuels mais, d'un point de vue social, c'est un processus de choix collectif relatif à l'interprétation ou à la création du droit qui régule la société.

Transaction ou traitement juridictionnel ?

Le partage du règlement des différends entre les deux voies considérées comme alternatives – la transaction et le recours au tribunal – est une question qui a été largement traitée par les spécialistes.

• *Les termes du problème.* – Cette question est abordée sous l’angle des incitations que le plaignant et le défendeur – considérés comme des agents rationnels – ont à transiger ou à soumettre leur différend à un jugement. Ces situations sont celles d’un monopole bilatéral ; l’arbitrage transaction/procès est rapporté aux conditions sous lesquelles le plaignant peut être convaincu par le défendeur de renoncer au jugement, dans le cadre d’une négociation de transaction par laquelle ce dernier achète au premier son droit à poursuivre. En d’autres termes, le recours au tribunal sanctionne un défaut d’arrangement privé. Il exprime l’existence d’une défaillance des mécanismes de marché. Pourtant, l’intérêt des parties est considéré comme devant conduire à privilégier un arrangement négocié : cette modalité de règlement du différend est réputée moins coûteuse que la voie juridictionnelle. En effet, la transaction est associée à la possibilité d’économiser les coûts liés au recours au tribunal et permet, ainsi, de dégager un surplus.

• *Les actions et interactions individuelles et le règlement du litige.* – C’est sur cette base, qui revient à ne considérer les voies de règlement des disputes que sous l’angle des coûts et des gains, qu’un certain nombre de modèles microéconomiques ont été construits, qui recourent pour les derniers d’entre eux à la théorie des jeux.

Les modèles développés au début des années soixante-dix par Landes (1972 [52]) ou Gould (1973 [50]) posaient que, *a priori*, l’arrangement négocié est préférable au procès au regard de l’existence d’un surplus de la négociation. Pourtant, dans la réalité, il existe bien des conflits réglés par un tribunal. La voie juridictionnelle apparaissant comme l’expression d’un échec de l’arrangement transactionnel, il importe alors de préciser les motifs du recours au tribunal. En la matière, ce sont les anticipations des parties qui permettent de le justifier : les parties fixent leur prétention (la part du surplus qu’elles veulent obtenir) en fonction de leurs anticipations de la décision du juge. Or, celles-ci peuvent ne pas coïncider *a priori*. Dans cette version non stratégique de l’arbitrage accord/procès, l’optimisme ou le pessimisme des parties sont au cœur de l’analyse (Deffains, 1997 [49]).

Les développements plus récents de l'étude du règlement des conflits civils prennent en considération les comportements stratégiques, les asymétries d'information, les anticipations de chacune des parties sur le comportement de l'autre dans le cours de la procédure, etc. (Cooter et Rubinfeld, 1989 [48] ; Deffains, 1997 [49]). Ces analyses procèdent par la prise en considération des coûts respectifs de la transaction et du jugement, des coûts de transaction qui affectent la négociation par laquelle les parties peuvent transiger, de la valeur subjective qu'elles accordent aux dommages et intérêts susceptibles d'être versés ou perçus, de leur probabilité subjective de gagner le procès, de l'existence éventuelle d'un surplus de la négociation, de l'aversion des parties envers le risque et, enfin, de certaines règles de procédure qui concernent l'imputation des coûts de la procédure judiciaire.

Ce qui motive l'élaboration de ces modèles est le constat, établi à partir de données empiriques sur les modes de règlement des litiges aux États-Unis, selon lequel une écrasante majorité des conflits civils seraient réglés par la voie de la transaction.

Agents rationnels ou acteurs institués ?

La démarche de l'économie des conflits juridiques mérite d'être débattue. Deux questions revêtent une importance particulière : en premier lieu, la conception des modalités du règlement des différends qu'elle retient, en particulier sous l'angle de la mise en mouvement d'une procédure ; en second lieu, la définition de la place du juge et de l'institution judiciaire.

- *La mise en mouvement d'une procédure.* – L'analyse économique applique au règlement des différends les outils de la microéconomie, et, ce faisant, elle recourt à la figure de l'individu rationnel. Le choix d'une procédure est déterminé par un ensemble de paramètres qui caractérisent les agents en conflit (utilité espérée, degré d'information, anticipations, espérance de gain, etc.). La mise en mouvement d'une procédure est donc une affaire de choix individuel ou d'interaction

stratégique entre agents ; elle n'est pas, dans cette représentation, déterminée par le contexte institutionnel ou procédural du règlement du conflit. Tout se passe comme si l'accès à une modalité de règlement du conflit parmi un ensemble fini de modalités praticables est du ressort des individus.

• *Le rôle structurant de l'institution.* – Cette représentation mérite discussion dans la mesure où les voies de règlement des conflits sont organisées par l'institution judiciaire et le droit, de telle sorte que l'activation d'une procédure transactionnelle ou juridictionnelle est assez nettement déterminée, non pas par les choix individuels, mais par l'institution. Pour illustrer ce propos, nous pouvons nous reporter à l'exemple des mécanismes d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation automobile en droit français. Dans ce domaine, l'entrée dans une procédure de règlement n'est pas du ressort du choix, de la victime ou de l'assureur de responsabilité du conducteur : elle est organisée par la loi, qui impose la transaction comme mode normal et fait peser sur l'assureur l'obligation d'amorcer le processus transactionnel.

Par ailleurs, l'objet du conflit et la figure de l'agent rationnel peuvent être interrogés. En effet, l'économie du droit retient nettement, parmi les motifs de la préférence pour l'arrangement transactionnel, une notion de surplus de la négociation qui renvoie, entre autres, aux coûts évités de la procédure judiciaire. Cette définition revient à poser comme indiscutable le fait que le recours au procès est coûteux. Or, dans le cas français, cette conception mérite d'être réévaluée, en particulier dans le domaine des litiges pour lesquels l'assistance d'un avocat n'est pas requise, dans un contexte général de gratuité de la justice. De plus, la transaction en amont du procès porte, en économie du droit, davantage sur la renonciation à un droit d'action que sur le règlement du différend *stricto sensu* : l'une des parties accepte en effet de renoncer à l'exercice de son droit à une procédure juridictionnelle.

• *Comment penser le rôle du juge ?* – Enfin, il n'est pas inutile de considérer la place du juge et de l'institution judiciaire que retient l'économie des conflits juridiques. Aussi bien

dans le contexte des *pretrial negotiations* que dans celui du procès, le juge s'efface derrière les parties en présence. Il n'est assimilé, au mieux, qu'à une fonction d'allocation de droits à partir d'arguments qui s'imposent à lui. Cette figure du juge, qui s'adosse à la vision économique du fonctionnement de la *common law*, est difficilement transposable dans d'autres systèmes juridiques que ceux des États-Unis. En effet, la fonction essentielle du juge dans les systèmes de droit civil ou de droit codifié est d'appliquer la loi. S'il règle économiquement des différends, c'est dans le contexte de l'application du droit positif à l'espèce qui lui est soumise, et non à sa place.

Les travaux des économistes du droit laissent à penser que le droit des États-Unis fonctionne sur le modèle du calcul économique. À titre d'illustration, il suffit de constater que de nombreux spécialistes estiment que la règle de Hand est appliquée par les juges américains. Cette conception mériterait d'être étayée empiriquement, mais elle offre l'opportunité de s'interroger sur les fondements du règlement des différends en termes comparés. Le règlement juridictionnel aux États-Unis et en France est-il fondé sur des principes communs ou relève-t-il de logiques judiciaires différentes : la logique du calcul dans le cas américain, la logique de la règle en France ?

Conclusion

La *Law and Economics* se présente comme une discipline nettement empreinte des mécanismes des systèmes juridiques anglo-saxons. Elle connaît néanmoins un développement incontestable en Europe continentale, comme en témoigne l'existence de la European Association of Law and Economics et l'importance des contributions réalisées par des économistes et des juristes venant de pays de droit codifié. L'idée de la validité de l'économie du droit en dehors des régimes de *common law* est à cet égard puissamment défendue par des spécialistes européens (par exemple, pour l'Allemagne : Schäfer, 1996 [59] ; l'Italie : Mattei et Pardolessi, 1991 [58] ; les pays de droit civil en général : Van den Bergh, 1996 [61]).

Dans le passé récent, des rapprochements entre les systèmes juridiques ont été constatés, qui se traduisent par une tendance à l'accroissement du poids de la législation dans les pays de *common law*, et une progression de l'importance de la jurisprudence dans les pays de tradition civiliste. Entre la « culture du marchandage » (*bargaining culture*) et la « culture de la règle » (*culture of rules*) (Heydebrand, 1997 [121]), la frontière serait en voie de s'ouvrir, toutefois à un rythme différent selon les pays. Des pays européens, tels que la Belgique, l'Allemagne, voire l'Italie, sont actifs dans la constitution d'une *Law and Economics* continentale, dont les contours et le contenu n'apparaissent pas fondamentalement différents de

ceux de l'économie du droit américaine (Schäfer, 1996 [59] ; Van den Bergh, 1996 [61]).

Il importe néanmoins de signaler que l'économie du droit est d'autant plus utile en tant que mode d'accès à la connaissance de la régulation juridique qu'elle adopte une perspective positive et n'omet pas de prendre en considération la logique interne du droit. En effet, l'intérêt de cette discipline pour des spécialistes du droit qui ne sont pas familiers de la *common law* réside dans le fait qu'elle met en exergue le mode opératoire de la régulation juridique, ainsi que ses conséquences économiques. Elle montre, également, un chemin en direction de la compréhension du contenu économique des règles du droit privé dans des domaines que la discipline du droit économique laisse aux marges. Cette dernière se consacre en effet aux études du droit applicable à des activités réputées économiques, comme la concurrence, la consommation ou la distribution, alors que l'économie du droit touche à des domaines *a priori* non économiques comme la responsabilité ou la justice.

Quelle que soit l'orientation à venir de l'économie du droit en Europe, elle pourra difficilement se passer d'une pratique d'enseignement et de recherche pluridisciplinaire, qui devrait mettre en relation des spécialistes du droit, de la science économique et de la sociologie juridique.

Repères bibliographiques

1. – Analyse économique du droit

Présentation générale

- [1] BOUCKAERT B. et DE GEEST G. (éd.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Edward Elgar Publ. (sur Internet : <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/> ou : <http://lawecon.findlaw.com/>), 1998.
- [2] FLUET C., « L'analyse économique du droit », *Économie appliquée*, t. XLIII, n° 3, 1990, p. 53-66.
- [3] *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3 : « Symposium on Efficiency as a Legal Concern », 1980.
- [4] *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 4 : « A Response to the Efficiency Symposium », 1980.
- [5] HOVENKAMP H., « Law and Economics in the United States : a Brief Historical Survey », *Cambridge Journal of Economics*, 19, 1995, p. 331-352.
- [6] LEMENNICIER B., *Économie du droit*, Cujas, coll. « Théories économiques », Paris, 1991.
- [7] MACKAY E., « L'ordre spontané comme fondement du droit. Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 1989, p. 247-287.
- [8] MERCURO N. et MEDEMA S. G., *Economics and the Law : From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1997.
- [9] MERCURO N. et RYAN T. P., *Law, Economics and Public Policy*, JAI Pres Inc., Greenwich, Connecticut, 1984.

- [10] PEJOVICH S., *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Kluwer Academic Publishers, International Studies in Economics and Econometrics, vol. 33, Dordrecht-Boston-Londres, 1995.
- [11] PELTZMAN S., « The Effects of Automobile Safety Regulation », *Journal of Political Economy*, vol. 83, n° 4, 1975, p. 677-725.
- [12] POSNER R. A., « The Economic Approach to Law », 1975, in S.G. MEDEMA (ed.), *The Legacy of Ronald Coase to Economic Analysis*, vol. 2, Edward Elgar, 1995, p. 317-342.
- [13] POSNER R. A., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown, 3^e édition, Boston, 1986.
- [14] POSNER R. A., « The Law and Economics Movement », *American Economic Review*, vol. 77 n° 2, mai 1987, p. 1-13.
- [15] STIGLER G. J., « Law or Economics ? », *Journal of Law and Economics*, vol. XXXV, octobre 1992, p. 455-468.
- [16] STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, *Droit et Économie*, Sirey, 1992, p. 143-171.
- [17] VELJANOVSKI C., *The Economics of Law : an Introductory Text*, 1990, IEA Hobart Paper, 2^e édition, 1996, Londres.
- [18] SHAVELL S., « The Optimal Structure of Law Enforcement », *Journal of Law and Economics*, vol. XXXVI, avril 1993, p. 255-287.
- Coase, théorème de Coase*
- [19] COASE R., « The Federal Communications Commission », *Journal of Law and Economics*, vol. 2, octobre 1959, p. 1-40.
- [20] COASE R., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, octobre 1960, p. 1-44.
- [21] COASE R., *The Firm, the Market and the Law*, 1988, University of Chicago Press, traduction française par André Duval et Boualem Aliouat, *La Firme, le marché et le droit*, Diderot éditeur, Paris, 1997.
- [22] COASE R., « The Institutional Structure of Production », *Journal des économistes et des études humaines*, vol. 2, n° 4, décembre 1991, p. 431-439.
- [23] COOTER R. [1987], « Coase Theorem », in EATWELL J., MILGATE M. et NEWMAN P. (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*,

vol. 1, Macmillan Press, Londres, 1987.

[24] MEDEMA S. G. (ed.), *The Legacy of Ronald Coase in Economic Analysis*, E. Elgar, Intellectual Legacies in Modern Economics, vol. 2, 1995.

[25] STIGLER G. J., *La Théorie des prix*, Dunod, Paris (traduction française par A. Camp et P. Cazenave), 1972.

Droit de la responsabilité, property rights

[26] ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *La Responsabilité*, n° 22, Sirey, 1977.

[27] BROWN J. P., « Towards an Economic Theory of Liability », *Journal of Legal Studies*, n° 2, 1973, p. 323-349.

[28] CALABRESI G. et MELAMED A., « Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, vol. 85, n° 6, 1972, p. 1089-1128.

[29] CALABRESI G., « The Decision for Accidents : an Approach to Nonfault Allocation of Costs », *Harvard Law Review*, vol. 78, n° 4, 1965, p. 713-745.

[30] COHEN-TANUGI L. et RUEGG M., « Responsabilité civile : la dérive des continents ? », *Le Débat*, n° 76, septembre-octobre 1993, p. 137-146.

[31] COOTER R., « Unity in Tort, Contract, and Property : The Model of Precaution », *California Law Review*, vol. 73, n° 1, janvier 1985, p. 1-51.

[32] COOTER R., « Towards a Market in Unmatured Tort Claims », *Virginia Law Review*, n° 75, 1989, p. 383-411.

[33] COOTER R., « Economic Theories of Legal Liability », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n° 3, 1991, p. 11-30.

[34] CRAWFORD W., « La responsabilité délictuelle », in LEVASSEUR A. (dir.), *Droit des États-Unis*, Dalloz, « Précis », Paris, 1990.

[35] DEMSETZ H., « Toward a Theory of Property Rights », *American Economic Review*, n° 2, mai 1967, p. 347-359.

[36] DEMSETZ H., « When Does the Rule of Liability Matter ? », *Journal of Legal Studies*, 1, janvier 1972, p. 13-28.

[37] EMONS W., « Some Recent Developments in the Economic Analysis of Liability Law », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n° 146, 1990, p. 237-248.

[38] ENGEL F., « Les nouvelles frontières de la responsabilité civile », *Notes de la fondation Saint-Simon*, février 1993.

- [39] EPSTEIN R. A., *Cases and Materials on Torts*, 6^e éd., Law School Casebook Series, Little, Brown and Compagny, 1995.
- [40] FACCHINI F., « Gestion des externalités, droit de propriété et responsabilité civile », *Économie appliquée*, t. L, n° 4, 1997, p. 97-125.
- [41] FURUBOTN E. et PEJOVICH S., « Property Rights and Economic Theory : A Survey of Recent Literature », *Journal of Economic Literature*, vol. X, n° 4, décembre 1972, p. 1137-1162.
- [42] KORNHAUSER L., « An Economic Analysis of the Choice Between Enterprise and Personal Liability for Accidents », *California Law Review*, n° 70, 1982, p. 1345-1392.
- [43] LEPAGE H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, n° 1, 1985.
- [44] LEPAGE H., *La Nouvelle Économie industrielle*, Hachette, coll. « Pluriel », Paris, 1989.
- [45] PRIEST G. L., « The Modern Expansion of Tort Liability : Its Sources, Its Effects, and Its Reform », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n° 3, 1991, p. 31-50.
- [46] SERVERIN E., *L'Accident corporel de la circulation, entre transactionnel et juridique*, CERCRIID-université de Saint-Étienne, rapport de recherche pour la direction des affaires civiles de la Chancellerie, ministère de la Justice, 1997.
- [47] SHAVELL S., « Liability for Harm Versus Regulation of Safety », *Journal of Legal Studies*, vol. XIII, juin 1984, p. 357-374.

Règlement des conflits

- [48] COOTER R. et RUBINFELD D. [1989], « Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution », *Journal of Economic Literature*, vol. 27, septembre 1989, p. 1067-1097.
- [49] DEFFAINS B., « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, n° 3, 1997.
- [50] GOULD J. P., « The Economics of Legal Conflicts », *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, p. 279-300.
- [51] HUGHES J. W. et SNYDER E. A., « Litigation and Settlement under the English and American Rules : Theory and Evidence », *Journal of Law and Economics*, vol. 38, avril 1995, p. 225-250.
- [52] LANDES W. M., « An Economic Analysis of the

Courts », *Journal of Law and Economics*, 1972, p. 61-107.

Common law

- [53] GOODMAN J. C., « An Economic Theory of the Evolution of *Common law* », *Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1978, p. 393-406.
- [54] PRIEST G. L., « The *Common law* Process and the Selection of Efficient Rules », *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, p. 65-82.
- [55] RIZZO M. J., « Rules versus Cost-Benefit Analysis in the *Common Law* », *Cato Journal*, vol. 4, n° 3, 1985, p. 865-884.
- [56] RUBIN P. H., « Why is the *Common Law* Efficient ? », *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 51, 1977.

Law and Economics dans les pays de droit civil

- [57] MATTEI U., « Efficiency in Legal Transplants : An Essay in Comparative Law and Economics », *International Review of Law and Economics*, 14, 1994, p. 3-19.
- [58] MATTEI U. et PARDOLESI R., « Law and Economics in Civil Law Countries : a Comparative Approach », *International Review of Law*

and Economics, 11, 1991, p. 265-275.

- [59] SCHÄFER H. B. [1996], « The Relevance of Law and Economics for the Development of Judge-Made Law : Examples from German Case-Law », *European Economic Review*, n° 40, 1996, p. 989-998.
- [60] VAN DEN BERGH R., « Le droit civil face à l'analyse économique du droit », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 1988, p. 229-254.
- [61] VAN DEN BERGH R., « The Growth of Law and Economics in Europe », *European Economic Review*, 40, 1996, p. 969-977.

Présentation critique de l'école de Chicago

- [62] BARRÈRE Ch., CÔME Th. et ROUET G., « Recherches en économie du judiciaire », *Cahiers du CERAS*, n° 7, Faculté de sciences économiques et de gestion de l'université de Reims, 1992.
- [63] BURROWS P. et VELJANOVSKI C.-G. (ed.), *The Economic Approach to Law*, Butterworths, Londres, 1981.
- [64] CALABRESI G., « The Pointlessness of Pareto : Carrying Coase Further », *Yale Law Review*, vol. 100, n° 5, 1991, p. 1121-1237.

- [65] COLEMAN J. L., « The Normative Basis of Economic Analysis : A Critical Review of Richard Posner's *The Economics of Justice* », *Stanford Law Review*, 34, 1982, p. 1105-1131.
- [66] COLEMAN J. L., « Economics and the Law : A Critical Survey of the Foundations of the Economic Approach to Law », *Ethics*, vol. 94, n° 4, juillet 1984, p. 649-679.
- [67] DEAKIN S., « Law and Economics », in THOMAS P. A. (éd.), *Legal Frontiers*, Dartmouth, Adershot, 1996, p. 66-105.
- [68] DEAKIN S., « Private Law, Economic Rationality and the Regulatory State », in BIRKS P. (éd.), *The Classification of Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 283-304.
- [69] DWORKIN R., « Why Efficiency ? », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3, 1980, p. 563-590.
- [70] FRYDMAN B., « Négociation ou marchandage ? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in GÉRARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 231-252.
- [71] FRYDMAN B., « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », in ANDRÉANI T. et ROSEN M. (dir.), *Structure, système, champ et théorie du sujet*, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », Paris, 1997, p. 127-146.
- [72] HOVENKAMP H., « Positivism in Law & Economics », *California Law Review*, vol. 78, n° 4, juillet 1990, p. 815-852.
- [73] KIRAT Th., « Économie et droit : de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, vol. 49, n° 4, juillet 1998, p. 1057-1087.
- [74] KORNHAUSER L. A., « A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 3, 1980, p. 591-639.
- [75] MARKOVITS R. S., « Legal Analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency », *Hofstra Law Review*, vol. 8, n° 4, 1980, p. 811-903.
- [76] MICHELMAN F. A., « Norms and Normativity in the Economic Theory of Law », *Minnesota Law Review*, vol. 69, 1978, p. 1015-1048.

2. – Institutionnalisme et ancienne *Law and Economics*

Institutionnalisme, Law and Economics

- [77] BAZZOLI L., *L'Économie politique de J. R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, Paris, 1999.
- [78] BAZZOLI L. et KIRAT Th., « Deux regards non hayékiens sur l'efficience et la sélection des règles juridiques : l'économie institutionnaliste et l'analyse économique du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 42, 1997, p. 201-227.
- [79] CLARK J. M., *Social Control of Business*, Chicago, the University of Chicago Press, 4^e éd., 1930, Chicago, 1926.
- [80] COMMONS J. R., *Legal Foundations of Capitalism*, The Macmillan Company, New York, 1924.
- [81] COMMONS J. R., *Institutional Economics. Its Place in Political Economy*, New York, Macmillan, 1934, réédition, Transaction Publishers, 1990.
- [82] COMMONS J. R., « Le problème de coordination du droit, de l'économie et de la morale : remarques sur la Méthode d'interprétation et Sources en Droit privé positif de Géný », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Librairie du Recueil Sirey, t. 3, 1935, p. 123-144.
- [83] COMMONS J. R., « La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine », in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Sirey et LGDJ, Paris, 1938.
- [84] COREI T., *L'Économie institutionnaliste. Les fondateurs*, Economica, coll. « Économie-poche », Paris, 1995.
- [85] MEDEMA S. G., MERCURO N. et SAMUELS W. J., « Institutional Law and Economics », in BOUCKAERT B. et DE GEEST G. (éd.), *Encyclopedia of Law & Economics*, Edward Elgar Publ., 1998.
- [86] RAMSTAD Y., « On the Nature of Economic Evolution : John R. Commons and the Metaphor of Artificial Selection », in MAGNUSON L. (ed.), *Evolutionary and Neo-Schumpeterian Approaches to Economics*, Kluwer, Boston, 1994, p. 65-121.
- [87] SAMUELS W. J., « Law and Economics », in HODGSON G. M., SAMUELS W. J. et

TOOL M. R. (ed.), *The Elgar Companion to Institutional and Evolutionary Economics*, Edward Elgar, 1994.

- [88] VANBERG V., « Carl Menger's Evolutionary of John R. Commons' Collective Action Approach to Institutions : a Comparison », *Review of Political Economy*, vol. 1, n° 3, 1989, p. 334-358.

Ancienne Law and Economics

- [89] COOTER R. et RAPPOPORT P., « Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics ? », *Journal of Economic Literature*, vol. XXII, juin 1984, p. 507-530.
- [90] DUXBURY N., « Is There a Dissenting Tradition in Law and Economics ? », *The Modern Law Review*, 54, 2, mars 1991, p. 300-311.
- [91] HOVENKAMP H., « The First Great Law & Economics Movement », *Stanford Law Review*, vol. 42, avril 1990, p. 993-1058.
- [92] PRIEST G. L., « The Origins of Utility Regulation and the « Theories of Regulation » Debates », *Journal of Law and Economics*, vol. XXXVI, avril 1993, p. 289-323.

3. - Nouvelle économie institutionnelle

- [93] BAUDRY B., *L'Économie des relations interentreprises*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 1995.
- [94] FURUBOTN E. et RICHTER R., « Editorial preface », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n° 1, mars 1993, p. 1-10.
- [95] MACAULAY S., « Non-Contractual Relations in Business », *American Sociological Review*, vol. 28 n° 1, février 1963, p. 55-67.
- [96] MASTEN S. E., « A Legal Basis for the Firm », in WILLIAMSON O.E. et WINTER S.G. (ed.), *The Nature of the Firm. Origins, Evolution, and Development*, Oxford University Press, 1991, p. 196-212.
- [97] POSNER R. A., « The New Institutional Economics Meets Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n° 1, mars 1993, p. 73-87.
- [98] WILLIAMSON O. E., « Transaction Costs Economics Meets Posnerian Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n° 1, mars 1993, p. 99-118.
- [99] WILLIAMSON O. E., *Economic Institutions of*

Capitalism, The Free Press, New York, 1985, traduction française, *Les Institutions de l'économie*, InterÉditions, Paris, 1994.

4. – Droit économique – concurrence

- [100] BLAISE J.-B. et JENNY F., « Le droit de la concurrence. Les années récentes : bilan et synthèse », *Revue internationale de droit économique*, t. 9, n° 1, 1995, p. 91-121.
- [101] CHAMPAUD C., « Contribution à la définition du droit économique », *Recueil Dalloz*, « Doctrine », 1967.
- [102] COHEN-TANUGI L., ENCAOUA D. et al., *La pratique communautaire du contrôle des concentrations. Analyses juridique, économique et comparative Europe, États-Unis, Japon*, De Boeck Université, coll. « Droit/Économie », 1995.
- [103] CONSEIL DE LA CONCURRENCE : rapport d'activité, diverses années, *Journal officiel*.
- [104] DANET D., « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 1993, p. 5-27.
- [105] DANET D., « Le droit économique doit-il être hayekien ? », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, 1995, p. 407-424.
- [106] FARJAT G. et REMICHE B. (dir.), *Liberté et droit économique*, De Boeck Université, coll. « Droit/Économie », 1992.
- [107] FARJAT G., « La notion de droit économique », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, « Droit et Économie », Sirey, 1992, p. 27-62.
- [108] FEDERAL TRADE COMMISSION, *Competition Policy Report*, 1996.
- [109] GLAIS M. et LAURENT Ph., « De la théorie économique à la protection juridique de la concurrence », *La Gazette du palais*, doctrine, 11 mai 1978, p. 209-215.
- [110] GLAIS M. et LAURENT Ph., *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, Paris, 1983.
- [111] HAWK E. B., « Un tour d'horizon du droit et de la politique de la concurrence », *La Semaine juridique JCPE*, n° 5, suppl. n° 1, 1992, p. 1-10.
- [112] HAWK E. B., « L'objet traité par les magistratures économiques (objet économique ou

juridique) – Une perspective américaine », *Revue internationale de droit économique*, n° 2, 1997, p. 133-142.

- [113] JACQUEMIN A. et SCHRANS G., *Le Droit économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., Paris, 1982.
- [114] JACQUEMIN A., « Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique », in VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. « Droit », Bruxelles, 1978, p. 485-504.
- [115] JENNY F., « Droit européen de la concurrence et efficacité économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 63, 1^{er} trimestre 1993, p. 193-206.
- [116] *Revue internationale de droit économique*, numéro spécial, *Les Magistratures économiques*, I, 1997.
- [117] SOUTY F., *La Politique de la concurrence aux États-Unis*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 1995.

5. – Théorie du droit, sociologie juridique

Généralités

- [118] CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Quadrige/PUF, 3^e édition, Paris, 1994.
- [119] DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997.
- [120] FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, LGDJ, 4^e édition, Paris, 1965.
- [121] HEYDEBRAND W., « Changing Legal Cultures at the End of the 20th Century », *Annual Meeting of the American Sociological Association*, Toronto, 9-13 août 1997.
- [122] HOLMES O., *The Common Law*, 1881, réédition par M. DeWolfe Howe, 1963, Back Bay Books.
- [123] PERRY R., « Flourishing on the Corpse of Philosophy : Law and Society Studies in America », *Recherches sociologiques*, vol. 24, n° 1/2, 1993, p. 121-145.

Pluralisme juridique

- [124] BELLEY J.-G., « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », in GÉRARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Publications des

Facultés universitaires
Saint-Louis, Bruxelles,
1996, p. 353-391.

- [125] GURVITCH G., *L'idée du droit social*, thèse principale, Sirey, Paris, 1931.

Droit, science sociale

- [126] GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit positif privé*, LGDJ, 1899, réédition, 1954, Paris.

- [127] LAMBERT E., *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, première série : « Le régime successoral », introduction, « La fonction du droit civil comparé », t. I, Giard et Brière, Paris, 1909.

- [128] LAMBERT E., « L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine », *Annales de l'université de Lyon, Droit-Lettres*, fasc. 32, Imprimerie Rey, Lyon, 1919.

- [129] LAMBERT E., *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard et Brière, Paris, 1921.

- [130] SERVERIN E., *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, coll. « Critique du droit », Lyon, 1985.

Régulation juridique, économie

- [131] BRETHER DE LA GRESSAYE J., « Droit et économie. Aperçu de sociologie juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, « Théorie générale du droit et droit transitoire », Dalloz et Sirey, Paris, 1961, p. 91-107.

- [132] GÉRARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

- [133] JEAMMAUD A., « Des concepts en jeu », actes du colloque *Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation*, CREDECO, Université de Nice, octobre 1996.

- [134] RANGEON F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les Usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 126-149.

- [135] RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1951.

- [136] TEUBNER G., *Le Droit : un système autopoïétique*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1993.
- [137] TEUBNER G., *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Story-Scientia/LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », Paris, 1994.
- [143] SERVERIN E., LASCOUMES P. et LAMBERT Th., *Transactions et pratiques transactionnelles*, Économica, Paris, 1987.
- [144] WEBER M., *Économie et société*, 1922, Plon, Paris, 1995.

*Norme juridique, action.
Approches wébériennes*

- [138] JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz-Sirey*, « Chronique », 1990, p. 199-210.
- [139] JEAMMAUD A., « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz-Sirey*, « Chronique », 1993, p. 207-212.
- [140] LASCOUMES P. et SERVERIN E., « Le droit comme activité sociale : pour une approche wébérienne des activités juridiques », *Droit et Société*, n° 9, 1988, p. 165-187.
- [141] SERVERIN E., « Propos croisés entre droit et économie sur la place de l'incertitude et de la confiance dans le contrat », *Sociologie du travail*, n° 4, 1996, p. 607-619.
- [142] SERVERIN E., « Sociologie du droit », in GRAWITZ M., *Méthodes des sciences*

Droit, positivisme juridique

- [145] BOBBIO N., « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, « Théorie générale du droit et droit transitoire », Dalloz et Sirey, Paris, 1961, p. 53-73.
- [146] GERVAIS D., « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, « Théorie générale du droit et droit transitoire », Dalloz et Sirey, Paris, 1961, p. 241-252.

6. – Autres références utiles

- [147] ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981.
- [148] ARNAUD A.-J. et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ

et Story-Scientia, Paris-Bruxelles, 1988.

- [149] BESSY C. et EYMARD-DUVERNAY F., « Les économistes et les juristes face à la relation de travail dans l'entreprise », *Revue d'économie politique*, vol. 105, n° 6, 1995.
- [150] BROUSSEAU E., *L'économie des contrats*, PUF, coll. « L'économie en liberté », Paris, 1993.
- [151] CAHUC P., *La Nouvelle Microéconomie*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 1998.
- [152] DE MUNCK J. et LENOBLE J., « Droit négocié et procéduralisation », in GÉRARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, p. 171-196.
- [153] DAVID R., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1966.
- [154] FAVEREAU O., « La procéduralisation du droit et la théorie économique », *Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Université catholique de Louvain, 16-17 octobre 1997.
- [155] FAVEREAU O. et PICARD P., « La théorie économique des contrats : unité ou diversité ? », *Sociologie du travail*, n° 38, 1996.
- [156] GRAWITZ M., *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 10^e édition, Paris, 1996.
- [157] HAYEK F.-A., *Droit, législation et liberté*, 1973, PUF, coll. « Libre échange », édition française, Paris, 1980.
- [158] KASPI A., *Les Américains. Les États-Unis de 1607 à nos jours*, Seuil, Paris, 1986.
- [159] LENOBLE J. et BERTEN A., *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, LGDJ – Bruylant, 1996.
- [160] LEVASSEUR A. (dir.), *Droit des États-Unis*, Dalloz, « Précis », Paris, 1990.
- [161] LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 1997.
- [162] REYNAUD B., « La règle de droit : outil d'analyse de la relation salariale », *Travail et emploi*, n° 53, 1992, p. 4-21.
- [163] TUNC A., *Le Droit des États-Unis*, 1964, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^e édition, Paris, 1989.

Table

Introduction	3
<i>Le calcul et la règle</i>	3
<i>L'économie du droit comme voie d'accès à la connaissance de la régulation juridique</i>	4
<i>Quelle représentation du droit ?</i>	5
<i>Démarche et plan de l'ouvrage</i>	7
 I / Les problèmes de l'interface entre le droit et l'économie	11
Les modèles d'analyse économique	11
<i>L'analyse économique du droit</i>	12
<i>L'institutionnalisme américain du début du siècle et sa version contemporaine, le néo-institution- nalisme</i>	14
<i>La nouvelle économie institutionnelle et l'éco- nomie des coûts de transaction</i>	18
Les méthodes des sciences juridiques	21
<i>Le droit économique et les relations entre l'éco- nomie et le droit</i>	23
<i>La théorie du droit et l'instrumentalisation du droit dans la régulation de l'économie</i>	28
<i>La sociologie du droit et les relations droit- économie</i>	29

II / L'émergence de l'économie du droit : des traditions contrastées, aux États-Unis et en France .	35
L'ancienne <i>Law and Economics</i> : l'économie et le droit avant Coase	36
<i>Les positions des économistes marginalistes sur la legal policy</i>	36
<i>Les économistes institutionnalistes et l'interdépendance de l'économique et du juridique</i>	38
La naissance de la nouvelle <i>Law and Economics</i> à Chicago	42
<i>La création d'un programme de Law and Economics à la law school de l'université de Chicago</i>	43
<i>L'apport de Coase : de l'économie de la réglementation des public utilities à l'économie du droit ..</i>	47
L'atonie française en économie du droit : de la domination du positivisme juridique à la séparation des études de droit et de sciences économiques	50
<i>Des disciplines cloisonnées</i>	50
<i>Les méthodes dominantes d'enseignement universitaire du droit : positivisme et dogmatique juridiques</i>	51
<i>Les tentatives de construction du droit comme science sociale : les juristes « sociologues »</i>	54
III / L'efficience des règles et des institutions juridiques dans la <i>Law and Economics</i>	57
L'importance économique du droit	57
<i>Le droit est-il économiquement neutre ?</i>	58
<i>Le droit comme support de la réduction des coûts de transaction</i>	65
<i>La portée économique du système juridictionnel</i>	67
Qu'est-ce que l'efficience économique du droit ?	69
<i>Les critères de l'efficience du droit</i>	69
<i>Réglementation ou régulation judiciaire ?</i>	75
IV / La responsabilité civile et délictuelle et le règlement des litiges	79
Le principe de compensation et les règles de responsabilité	79

<i>L'attribution des droits et leur protection par une règle de responsabilité</i>	80
<i>Les règles de responsabilité (liability rules) et le droit de la responsabilité délictuelle (tort law)</i>	83
Les fonctions économiques de la responsabilité	84
<i>Le droit de la responsabilité et les incitations à la prise de précautions</i>	85
<i>La responsabilité stricte et l'internalisation des coûts</i>	87
<i>Responsabilité et assurance</i>	91
Le cadre procédural du règlement des litiges civils : règlement juridictionnel ou arrangement privé ?	98
<i>Règles de procédures et chronologie d'un litige</i>	98
<i>Transaction ou traitement juridictionnel ?</i>	99
<i>Agents rationnels ou acteurs institués ?</i>	101
Conclusion	105
Repères bibliographiques	107

La collection « Repères »

est dirigée par Jean-Paul Piriou
avec Bernard Colasse, Pascal Combemale,
Françoise Dreyfus, Hervé Hamon,
Dominique Merllié et Christophe Prochasson

- L'affaire Dreyfus**, n° 141,
Vincent Duclert.
- L'aménagement du territoire**,
n° 176, Nicole de Montricher.
- L'analyse de la conjoncture**, n° 90,
Jean-Pierre Cling.
- L'analyse financière de l'entreprise**,
n° 153, Bernard Colasse.
- L'argumentation dans la communi-
cation**, n° 204, Philippe Breton.
- Les banques**, n° 21, Claude J. Simon.
- Les bibliothèques**, n° 247,
Anne-Marie Bertrand.
- La Bourse**, n° 4, Michel Durand.
- Le budget de l'État**, n° 33,
Maurice Baslé.
- Le calcul des coûts dans les organi-
sations**, n° 181, Pierre Mévellec.
- Le calcul économique**, n° 89,
Bernard Walliser.
- Le capitalisme historique**, n° 29,
Immanuel Wallerstein.
- Les catégories socioprofessionnelles**,
n° 62, Alain Desrosières
et Laurent Thévenot.
- Les catholiques en France depuis
1815**, n° 219, Denis Pelletier.
- Le chômage**, n° 22,
Jacques Freyssinet.
- Les collectivités locales**, n° 242,
Jacques Hardy.
- Le commerce international**, n° 65,
Michel Rainelli.
- Le comportement électoral des
Français**, n° 41, Colette Ysmal.
- La comptabilité anglo-saxonne**,
n° 201, Peter Walton.
- La comptabilité en perspective**,
n° 119, Michel Capron.
- La comptabilité nationale**, n° 57,
Jean-Paul Piriou.
- La concurrence imparfaite**, n° 146,
Jean Gabszewicz.
- Les Constitutions françaises**, n° 184,
Olivier Le Cour Grandmaison.
- Le contrôle de gestion**, n° 227,
Alain Burlaud, Claude J. Simon.
- La Cour des comptes**, n° 240,
Rémi Pellet.
- Coût du travail et emploi**, n° 241,
J. Gautié.
- La décentralisation**, n° 44,
Xavier Greffe.
- La démographie**, n° 105,
Jacques Vallin.
- La dette des tiers mondes**, n° 136,
Marc Raffinot.
- Le développement économique de
l'Asie orientale**, n° 172,
Éric Bouteiller et Michel Fouquin.
- Les DOM-TOM**, n° 151,
Gérard Belorgey et
Geneviève Bertrand.
- Le droit international humanitaire**,
n° 196, Patricia Buirette.
- Droit de la famille**, n° 239,
Marie-France Nicolas-Maguin.
- Le droit du travail**, n° 230,
Michèle Bonnechère.
- Droit pénal**, n° 225,
Cécile Barberger.
- L'économie britannique depuis
1945**, n° 111, Véronique Riches.
- L'économie informelle dans le tiers
monde**, n° 155, Bruno Lautier.
- L'économie de l'Afrique**, n° 117,
Philippe Hugon.
- Économie de l'automobile**, n° 171,
Jean-Jacques Chanaron
et Yannick Lung.
- L'économie de la culture**, n° 192,
Françoise Benhamou.

- L'économie de la drogue**, n° 213,
Pierre Kopp.
- Économie de l'environnement**,
n° 252, Pierre Bontemps
et Gilles Rotillon.
- Économie du droit**, n° 261,
Thierry Kirat.
- L'économie des États-Unis**, n° 80,
Monique Fouet.
- L'économie des inégalités**, n° 216,
Thomas Piketty.
- Économie de l'innovation**, n° 259,
Dominique Guellec.
- L'économie de l'Italie**, n° 175,
Giovanni Balcet.
- L'économie du Japon**, n° 235,
Évelyne Dourille-Feer.
- L'économie des organisations**, n° 86,
Claude Menard.
- L'économie de la RFA**, n° 77,
Magali Demotes-Mainard.
- L'économie de la réglementation**,
n° 238, François Lévêque.
- L'économie des relations interentre-
prises**, n° 165, Bernard Baudry.
- L'économie des services**, n° 113,
Jean Gadrey.
- Économie et écologie**, n° 158,
Frank-Dominique Vivien.
- L'économie française 1999**, n° 255,
OFCE.
- L'économie mondiale 1999**, n° 246,
CEPII.
- L'économie mondiale de l'énergie**,
n° 88, Jean-Marie Martin.
- L'économie mondiale des matières
premières**, n° 76,
Pierre-Noël Giraud.
- L'économie néo-classique**, n° 73,
Bernard Guerrien.
- L'économie sociale**, n° 148,
Claude Vienney.
- L'emploi en France**, n° 68,
Dominique Gambier et
Michel Vernières.
- Les employés**, n° 142, Alain Chenu.
- L'ergonomie**, n° 43,
Maurice de Montmollin.
- Les étudiants**, n° 195,
Olivier Galland et Marco Oberti.
- L'Europe politique**, n° 190,
Guillaume Courty
et Guillaume Devin.
- L'Europe sociale**, n° 147,
Daniel Lenoir.
- La faim dans le monde**, n° 100,
Sophie Bessis.
- Le FMI**, n° 133, Patrick Lenain.
- La fonction publique**, n° 189,
Luc Rouban.
- La formation professionnelle
continue**, n° 28, Claude Dubar.
- La France face à la mondialisation**,
n° 248, Anton Brender.
- Les grandes économies euro-
péennes**, n° 256, Jacques Mazier.
- Histoire de l'administration**, n° 177,
Yves Thomas.
- Histoire de l'Algérie coloniale,
1830-1954**, n° 102, Benjamin Stora.
- Histoire de l'Algérie depuis l'indé-
pendance**, n° 140, Benjamin Stora.
- Histoire de l'Europe monétaire**,
n° 250, Jean-Pierre Patat.
- Histoire de la guerre d'Algérie,
1954-1962**, n° 115, Benjamin Stora.
- Histoire des idées politiques en
France au XIX^e siècle**, n° 243,
Jérôme Grondeux.
- Histoire des idées socialistes**, n° 223,
Noëlline Castagnez.
- Histoire du parti socialiste**, n° 222,
Jacques Kergoat.
- Histoire de la philosophie**, n° 95,
Christian Ruby.
- Histoires du radicalisme**, n° 139,
Gérard Baal.
- Histoire de la sociologie 1 : Avant
1918**, n° 109, Charles-Henri Cuin
et François Gresle.
- Histoire de la sociologie 2 : Depuis
1918**, n° 110, Charles-Henri Cuin
et François Gresle.
- Histoire des théories de la commu-
nication**, n° 174,
Armand et Michèle Mattelart.
- Histoire de l'URSS**, n° 150,
Sabine Dullin.
- L'histoire des États-Unis depuis
1945**, n° 104, Jacques Portes.

- L'histoire en France**, n° 84,
ouvrage collectif.
- L'indice des prix**, n° 9,
Jean-Paul Piriou.
- L'industrie française**, n° 85,
Michel Husson et Norbert Holcblat.
- Inflation et désinflation**, n° 48,
Pierre Bezbakh.
- Introduction à la comptabilité
d'entreprise**, n° 191,
Michel Capron et
Michèle Lacombe-Saboly.
- Introduction au droit**, n° 156,
Michèle Bonnechère.
- Introduction à l'économie de Marx**,
n° 114, Pierre Salama et
Tran Hai Hac.
- Introduction à Keynes**, n° 258,
Pascal Combemale.
- Introduction à la microéconomie**,
n° 106, Gilles Rotillon.
- Introduction à la philosophie poli-
tique**, n° 197, Christian Ruby.
- Introduction aux sciences de la
communication**, n° 245,
Daniel Bournoux.
- Introduction aux théories écono-
miques**, n° 262, François Dubœuf.
- L'Islam**, n° 82,
Anne-Marie Delcambre.
- Les jeunes**, n° 27, Olivier Galland.
- Le judaïsme**, n° 203, Régine Azria.
- La justice en France**, n° 116,
Dominique Vernier.
- Lexique de sciences économiques et
sociales**, n° 202, Jean-Paul Piriou.
- Macroéconomie. Consommation et
épargne**, n° 215, Patrick Villieu.
- Macroéconomie financière**, n° 166,
Michel Aglietta.
- Le management international**,
n° 237, Isabelle Huault.
- Les menaces globales sur l'environ-
nement**, n° 91, Sylvie Fauchoux et
Jean-François Noël.
- La méthode en sociologie**, n° 194,
Jean-Claude Combessie.
- Les méthodes en sociologie : l'obser-
vation**, n° 234, Henri Peretz.
- Méthodologie de l'investissement
dans l'entreprise**, n° 123,
Daniel Fixari.
- Les métiers de l'hôpital**, n° 218,
Christian Chevandier.
- La mobilité sociale**, n° 99,
Dominique Merllié et Jean Prévot.
- Le modèle japonais de gestion**,
n° 121, Annick Bourguignon.
- La modernisation des entreprises**,
n° 152, Danièle Linhart.
- La mondialisation de la culture**,
n° 260, Jean-Pierre Warnier.
- La mondialisation de l'économie :**
1. Genèse, n° 198, Jacques Adda.
2. Problèmes, n° 199,
Jacques Adda.
- La monnaie et ses mécanismes**,
n° 70, Monique Béziade.
- Les multinationales globales**, n° 187,
Wladimir Andreff.
- La notion de culture dans les
sciences sociales**, n° 205,
Denys Cuche.
- La nouvelle économie chinoise**,
n° 144, Françoise Lemoine.
- Nouvelle histoire économique de la
France contemporaine :**
1. L'économie préindustrielle
(1750-1840), n° 125,
Jean-Pierre Daviet.
2. L'industrialisation (1830-1914),
n° 78, Patrick Verley.
3. L'économie libérale à
l'épreuve (1914-1918), n° 232,
Alain Leménorel.
4. L'économie ouverte (1948-
1990), n° 79, André Gueslin.
- La nouvelle microéconomie**, n° 126,
Pierre Cahuc.
- La nouvelle théorie du commerce
international**, n° 211,
Michel Rainelli.
- Les nouvelles théories de la crois-
sance**, n° 161,
Dominique Guellec et Pierre Ralle.
- Les nouvelles théories du marché
du travail**, n° 107, Anne Perrot.
- L'ONU**, n° 145, Maurice Bertrand.

L'Organisation mondiale du commerce, n° 193, Michel Rainelli.

Les outils de la décision stratégique
1 : Avant 1980, n° 162,
 José Allouche
 et Géraldine Schmidt.
2 : Depuis 1980, n° 163,
 José Allouche
 et Géraldine Schmidt.

Le patrimoine des Français, n° 81,
 André Babeau.

Les personnes âgées, n° 224,
 Pascal Pochet.

La philosophie de Marx, n° 124,
 Étienne Balibar.

Pierre Mendès France, n° 157,
 Jean-Louis Rizzo.

La politique de l'emploi, n° 228,
 DARES.

La politique financière de l'entreprise, n° 183, Christian Pierrat.

La population française, n° 75,
 Jacques Vallin.

La population mondiale, n° 45,
 Jacques Vallin.

La presse quotidienne, n° 188,
 Jean-Marie Charon.

La protection sociale, n° 72,
 Numa Murard.

La psychanalyse, n° 168,
 Catherine Desprats-Péquignot.

La publicité, n° 83,
 Armand Mattelart.

La question nationale au XIX^e siècle,
 n° 214, Patrick Cabanel.

Le régime de Vichy, n° 206,
 Marc Olivier Baruch.

Le régime politique de la V^e République, n° 253, Bastien François.

Les régimes politiques, n° 244,
 Arlette Heymann-Doat.

La responsabilité administrative,
 n° 185, Jean-Pierre Dubois.

Le revenu minimum garanti, n° 98,
 Chantal Euzéby.

Les revenus en France, n° 69,
 Yves Chassard et Pierre Concialdi.

La santé des Français, n° 180,
 Haut Comité à la santé publique.

La science économique en France,
 n° 74, ouvrage collectif.

Les sciences de l'éducation, n° 129,
 Éric Plaisance et Gérard Vergnaud.

La sexualité en France, n° 221,
 Maryse Jaspard.

La sociologie de Durkheim, n° 154,
 Philippe Steiner.

Sociologie de l'éducation, n° 169,
 Marlaine Cacouault et
 Françoise Œuvrard.

Sociologie de l'emploi, n° 132,
 Margaret Maruani et
 Emmanuèle Reynaud.

La sociologie de Marx, n° 173,
 Jean-Pierre Durand.

La sociologie de Norbert Elias,
 n° 233, Nathalie Heinich.

Sociologie des entreprises, n° 210,
 Christian Thuderoz.

Sociologie des mouvements sociaux,
 n° 207, Erik Neveu.

Sociologie des organisations, n° 249,
 Lusin Bagla-Gökalp.

Sociologie des relations professionnelles, n° 186, Michel Lallement.

La sociologie du chômage, n° 179,
 Didier Demazière.

Sociologie du sport, n° 164,
 Jacques Defrance.

La sociologie du travail, n° 257,
 Sabine Erbès-Seguin.

La sociologie en France, n° 64,
 ouvrage collectif.

Sociologie historique du politique,
 n° 209, Yves Déloye.

Les sondages d'opinion, n° 38,
 Hélène Meynaud et Denis Duclos.

Les stratégies des ressources humaines, n° 137, Bernard Gazier.

Le syndicalisme en France depuis 1945, n° 143, René Mouriaux.

Le syndicalisme enseignant, n° 212,
 Bertrand Geay.

Le système éducatif, n° 131,
 Maria Vasconcellos.

Le système monétaire international,
 n° 97, Michel Lelart.

Les taux de change, n° 103,
 Dominique Plihon.

Les taux d'intérêt, n° 251,

A. Benassy-Quéré, L. Boone
et V. Coudert.

La télévision, n° 49,

Alain Le Diberder,
Nathalie Coste-Cerdan.

Les tests d'intelligence, n° 229,

Michel Huteau et Jacques Lautrey.

La théorie de la décision, n° 120,

Robert Kast.

Les théories de la monnaie, n° 226,

Anne Lavigne et Jean-Paul Pollin.

Les théories des crises économiques,

n° 56, Bernard Rosier.

Les théories du salaire, n° 138,

Bénédicte Reynaud.

Les théories économiques du développement, n° 108, Elsa Assidon.

Les théories sociologiques de la famille, n° 236,

Catherine Cicchelli-Pugeault et
Vincenzo Cicchelli.

Le tiers monde, n° 53,

Henri Rouillé d'Orfeuil.

Les travailleurs sociaux, n° 23,

Jacques Ion et Jean-Paul Tricart.

L'Union européenne, n° 170,

Jacques Léonard et Christian Hen.

L'urbanisme, n° 96,

Jean-François Tribillon.

Collection « Guides Repères »

L'art du stage en entreprise, Michel Villette.

L'art de la thèse,

*Comment préparer et rédiger une thèse de doctorat,
un mémoire de DEA ou de maîtrise
ou tout autre travail universitaire,*

Michel Beaud.

Guide de l'enquête de terrain, Stéphane Beaud, Florence Weber.

Voir, comprendre, analyser les images, Laurent Gervereau.

Collection « Dictionnaires Repères »

Dictionnaire de gestion, Élie Cohen.

Dictionnaire d'analyse économique,

microéconomie, macroéconomie, théorie des jeux, etc.,

Bernard Guerrien.



Composition Facompo, Lisieux (Calvados)

Achevé d'imprimer en février 1999

sur les presses de l'imprimerie Carlo Descamps,
Condé-sur-l'Escaut (Nord)

Dépôt légal : février 1999

Thierry Kirat

Économie du droit

L'économie du droit permet d'éclairer la logique de la règle (le droit) par la logique du calcul (l'économie). Développée sous l'appellation *Law and Economics* par les Anglo-Saxons, l'économie du droit applique les méthodes et les cadres conceptuels de la science économique à l'étude du droit et des effets des règles juridiques. Elle s'intéresse, par exemple, à des domaines tels que la responsabilité civile, les contrats, les décisions judiciaires, les modes de règlement des différends.

Nouvelle approche de la régulation juridique, elle s'interroge sur l'efficacité économique du droit. Il ne s'agit pas seulement de problèmes théoriques puisque sont en cause des questions pratiques aux enjeux considérables : la responsabilité civile et délictuelle, pour faute ou sans faute, l'articulation du droit de la responsabilité et des mécanismes assurantiels, l'indemnisation des victimes de dommages...

Parce qu'il rend accessible un domaine relativement nouveau et fait le point sur l'état de la recherche, ce livre devrait passionner de nombreux juristes et économistes.

Thierry Kirat, docteur en sciences économiques, diplômé en sciences politiques, est maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Lyon. Chargé de recherches au CNRS au Groupe d'analyse et de théorie économique (Université Louis-Lumière-Lyon 2) de 1995 à 1997, il est membre du centre Auguste et Léon Walras (Université Louis-Lumière-Lyon 2), il travaille en collaboration avec le Centre de recherches critiques sur le droit (Université de Saint-Étienne).

Dans la même collection

Économie de la réglementation ; Économie de la drogue ; Économie de l'innovation ; Économie de la culture ; Économie de l'environnement ; Économie des relations interentreprises ; Économie des inégalités ; La Cour des comptes.



**Collection
Repères**

