

La Direction de la Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif et la Faculté de Droit déclinent toutes responsabilités à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite" (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

2008-5 – N° spécial

Publiée par la FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
d'Aix-Marseille

Abréviation de référence : R. R. J.
--

N. XXII - 125 (33ème année - 125e numéro)
(5 Numéros par an)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE - PUAM

COMITÉ DE PATRONAGE

M. Paul AMSELEK	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Xavier BLANC-JOUVAN	Professeur émérite de l'Université de Paris I
M. Pierre CATALA	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Roland DRAGO	Professeur émérite de l'Université de Paris II
M. Maurice FLORY	Professeur honoraire à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III
M. Michel LESAGE	Professeur émérite de l'Université Paris I Directeur du Service de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.)
M. le Recteur Didier LINOTTE	Professeur à la Faculté de Droit de Nice
M. François TERRE	Professeur émérite de l'Université Paris II

*

COMITÉ SCIENTIFIQUE

J.-L. BERGEL	J. MESTRE
D. BERRA	J.-L. MESTRE
J. BOURDON	J.M. PONTIER
J.-Y. CHEROT	E. PUTMAN
Ph. DELEBECQUE	A. SÉRIAUX
C. LOUIT	

*

ÉQUIPE DE RÉDACTION

J.-L. MESTRE	J. MESTRE
J.-Cl. RICCI	

*

Directeur honoraire de la rédaction et de la publication : M. J.-M. ZAORSKI
Fondateurs : MM. G. WOLKOWITSCH et J.-M. ZAORSKI
Secrétaire de Rédaction : Gilles REBULL

*

SERVICE COMMERCIAL : PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

3, Avenue Robert Schuman - 13628 AIX-EN-PROVENCE Cedex 1
Tél. : 04.42.17.24.21 - Fax : 04.42.17.24.33 - puam@univ-cezanne.fr

ABONNEMENT : 5 numéros par an - Tarif 2009

Abonnement France : 165 € Abonnement Étranger : 200 €
Numéro France et Étranger : 42 €

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN-FR7610071130000000100606779
- BIC :BDFEFRPPXXX

CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

- N° 22 -

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT.

Autour d'Ejan Mackaay

Ce numéro a été réalisé sous la responsabilité
de M. le Professeur Jean-Louis BERGEL,
Président de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique.

TABLE DES MATIÈRES

- Avant-propos par Jean-Louis BERGEL et Jean-Yves CHÉROT.....	2455
---	------

I. UNE DIRECTION ?

- Ejan MACKAAY	
Remarques introductives.....	2461
 - Christian ATIAS	
Sur E. Mackaay et St. Rousseau, <i>Analyse économique du droit</i> , Paris, Dalloz, éditions Thémis, 2008	2469
 - Emmanuel PUTMAN	
L'introuvable contrat complet	2477
 - Frédéric ROUVIÈRE	
L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique	2485

II. D'AUTRES PERSPECTIVES ?

- Jean-Louis BERGEL	
Une "approche" économique de la propriété en droit privé	2501
 - Arnaud RAYNOUARD	
Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ?	2509
 - Éric MILLARD	
L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique.....	2523
 - Jean-Yves CHÉROT	
Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit.....	2529
 - Marc DESCHAMPS et Frédéric MARTY	
L'analyse économique du droit est-elle une théorie <i>scientifique</i> du droit ?.....	2541
 - Marc DESCHAMPS et Frédéric MARTY	
Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft	2571

2450

- Otto PFERSMANN

Qu'entend-on exactement par l'expression
"concurrence des systèmes juridiques" ? 2595

TABLES GÉNÉRALES DE L'ANNÉE 2008 2605

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES..... 2611

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS 2615

LISTE DES CAHIERS DE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Volumes I et II <i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	R.R.J. 1986-4 et 1987-4
Volumes III <i>Les standards dans les divers systèmes juridiques</i>	R.R.J. 1988-4
Volumes IV <i>Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs</i>	R.R.J. 1989-4
Volumes V <i>Regards sur la méthodologie juridique</i>	R.R.J. 1990-4
Volumes VI <i>Méthodes d'intégration du droit communautaire au droit Français</i>	R.R.J. 1991-4
Volumes VII <i>Modes de réalisation du droit</i>	R.R.J. 1992-4
Volumes VIII <i>Nature et rôle de la jurisprudence dans les systèmes juridiques</i>	R.R.J. 1993-4
Volumes IX <i>L'évaluation législative</i>	R.R.J. 1994-4
Volumes X <i>Analogie et méthodologie juridique</i>	R.R.J. 1995-4
Volumes XI <i>Méthodologie de la recherche juridique</i>	R.R.J. 1996-4
Volumes XII <i>Législation par référence</i>	R.R.J. 1997-4
Volumes XIII <i>Les définitions dans la loi et les textes réglementaires</i>	R.R.J. 1998-4
Volumes XIV <i>Les dispositions transitoires</i>	R.R.J. 1999-5
Volume XV <i>Méthodologie juridictionnelle La modélisation des actes de procédure et des décisions de justice</i>	R.R.J. 2000-5

Volume XVI <i>Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative</i>	R.R.J. 2001-5
Volume XVII <i>Justice et qualité</i>	R.R.J. 2002-5
Volume XVIII <i>Les procédures d'urgence en matière judiciaire et administrative</i>	R.R.J. 2003-5
Volume XIX <i>Méthodes du Code Civil : pérennité et évolutivité Les secrets d'un bicentenaire</i>	R.R.J. 2004-5
Volume XX <i>Rétrospective et perspectives de recherche en Méthodologie Juridique. Les 20 ans de l'Atelier de Méthodologie Juridique d'Aix-Marseille</i>	R.R.J. 2005-5
Volume XXI <i>Nouvelles méthodes d'accès et diffusion informatique du droit</i>	R.R.J. 2006-5
Volume XXII <i>L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay</i>	R.R.J. 2008-5

AVANT-PROPOS

Par

Jean-Louis Bergel et Jean-Yves Chérot

Que la législation¹, le droit issu des décisions des juges, voire les constitutions² aient pu avoir pour objet et pour projet depuis l’“invention de l’économie”³ de construire une politique économique fondée sur les règles du marché, le laisser faire et la libre concurrence, c’est sans doute une des données de la science du droit parmi les plus intéressantes et les moins analysées par les juristes depuis deux siècles.

Que l’analyse économique du droit vienne réveiller le dogmatisme juridique formaliste et permette par une dose de réalisme de faire voir que de nombreuses règles de droit sont les manifestations d’un modèle économique ou de principes que la théorie économique est seule à formaliser, quoi donc de plus intéressant et de plus stimulant pour la recherche juridique ?

Cependant l’analyse économique du droit – et ici on ne distinguera pas, malgré leurs divergences, entre différentes écoles – peut conduire plus ou moins ouvertement d’une analyse purement descriptive de type réaliste à une nouvelle dogmatique pouvant éventuellement devenir dans certaines de ses expressions une justification du système économique sous-jacent.

C’est un des enjeux des travaux publiés dans cette nouvelle livraison des cahiers de méthodologie juridique.

Les études sont issues dans leur grande majorité de rapports présentés lors d’une table ronde organisée le 6 juin 2008 par le Laboratoire de théorie du droit de la Faculté de droit et de science politique d’Aix-Marseille⁴ autour d’Ejan Mackaay à l’occasion de la publication aux éditions Dalloz de son “*Analyse économique du droit*”⁵, un ouvrage attendu et co-écrit avec Stéphane Rousseau. Ejan Mackaay a ouvert les travaux par des “remarques introductives” qui précisent le projet des auteurs. Ce projet repris, réécrit et réexposé dans les “remarques introductives” était l’occasion – c’était l’objet de la table ronde – de l’examen des apports de l’analyse économique du droit à la science du droit.

¹ Karl Polanyi, *The Great Transformation*, New York, Rinehart, 1944 ; trad. française, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, bibliothèque des sciences humaines, 1983.

² Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, The Free Press, 1913 ; traduction française, *Une relecture économique de la Constitution des États-Unis*, Economica, coll. “droit public positif”, 1988.

³ Catherine Larrère, *L’invention de l’économie au XVIIIe siècle*, Puf, Léviathan, 1992.

⁴ Sont venues s’y ajouter deux études de Marc Deschamps et Frédéric Marty qui étaient présents à la table ronde mais qui n’y avaient pas présenté de rapports et une étude écrite dans un autre contexte mais qu’Otto Pfersmann nous avait fait parvenir et qui ajoute de nouvelles perspectives aux travaux qui étaient entrepris.

⁵ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. “méthodes du droit”, 2008, 728 pages. Voir le commentaire de Christian Atias dans la chronique “Pistes pour la pensée juridique”, *RRJ* 2008-2.

Ejan Mackaay met surtout l'accent sur les apports descriptifs de l'analyse économique tout en appelant au prolongement des hypothèses examinées au titre de la théorie économique du droit par des recherches empiriques. Mais il laisse ouverte la question du passage de la description à la prescription et plus généralement de la possibilité d'une science normative. Selon lui, "remarquablement, en faisant cet exercice pour l'ensemble des règles du droit civil, on observe que la plupart d'entre elles paraissent formulées comme s'il s'agissait de minimiser les coûts des interactions humaines ou d'optimiser les incitations à l'usage prudent des ressources rares ou à l'innovation [...]. Est-il permis de faire alors un pas de plus, et de faire un emploi normatif de cette analyse, pour se demander sur un point donné quelle forme aurait la règle qui contribuerait le plus au bien être ? La question est débattue au sein de la communauté des juristes-économistes ; dans les faits, le passage au normatif est régulièrement et souvent imperceptiblement effectué dans les ouvrages consacrés à l'analyse économique du droit. Dans le livre, nous avons cherché à nous tenir à des affirmations prudentes sur la question".

Une telle ouverture suggère pour le moins que le passage du fait et du descriptif au devoir être est possible. Comme il n'est logiquement pas possible, comme le rappelle dans son rapport Éric Millard, de passer d'un simple constat que telle ou telle règle produit de la richesse, de l'efficacité, du bien être du point de vue utilitariste, à la démonstration que cette règle doit être adoptée, un tel passage suppose donc déjà présente dans la majeure du raisonnement l'affirmation d'un dogme et, ici, l'affirmation que la science économique constitue une science normative. Le seul fait qu'Ejan Mackaay envisage la possibilité ce passage du "fait" au "devoir être" suggère qu'il a peut-être franchi le pas et qu'il voit dans l'analyse économique, non un simple apport à la description (éventuellement critique) du système juridique, mais bien les bases d'une nouvelle dogmatique⁶. La question est capitale et nous sommes heureux de pouvoir compléter ces observations par la réponse qu'Ejan Mackaay nous a fait parvenir après avoir pris connaissance de ces quelques lignes⁷.

⁶ Sur la question de la possibilité d'une science normative en économie, on renvoie à Claude Gamel qui présente sous une forme historique les tentatives et les relatifs échecs d'une science économique normative : "La distinction fait/valeur en théorie économique : trois temps fondamentaux d'une histoire mouvementée", version révisée d'un rapport présenté au colloque "*La dichotomie fait/valeur en question. Points de vue croisés*", Laboratoire de théorie du droit, 11-12 janvier 2008, à paraître ; publié sur le site internet du laboratoire : www.laboratoiretheoriedudroit.univ-cezanne.fr.

⁷ "Dans votre note introductive, vous soulignez en toute amitié la difficulté de l'ambivalence des jugements normatifs qu'on tirerait de l'analyse économique, en l'absence de référence à une théorie normative qui pourrait les fonder (Laurence Boy l'a relevé également, avec moins de bienveillance et moins de nuance, dans un compte-rendu paru dans *Droit et Société*, 2008, n° 69-70, <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/biblio/ds069070-b.htm#9>).

J'en conviens et vous avez bien senti l'embarras dans lequel la question me plonge. Je ne me sens pas en mesure actuellement de clarifier cette question. Elle demandera une réflexion et un retour notamment aux débats que Posner a menés avec Dworkin et d'autres à ce sujet, mais sans aboutir, il me semble, à une conclusion ferme. Dans la plus récente édition de son traité (*Economic Analysis of Law*, Wolters-Kluwer, 2007, 7e éd., pp. 10-15), Posner admet qu'il y a des questions auxquelles l'analyse économique n'apporte pas de réponse en apparence satisfaisante. L'idée de maximiser le bien-être tel que mesuré par la volonté de payer, que Posner avait proposée dans les débats et maintient dans la 7e éd. de son traité, donne souvent des résultats convaincants, mais laisse aussi des trous, comme d'autres variantes d'utilitarisme. Sait-on cependant mieux expliciter l'intuition du juriste par d'autres voies ?

Je suis frappé par la coïncidence fréquente entre le raisonnement du juriste et celui proposé par l'économiste, entre l'intuition de justice et la particularisation de l'idée de maximiser le bien-être, domaine par domaine. Souvent, il me semble que le fait de préciser les conséquences prévisibles d'une politique juridique suffit pour donner prise au jugement intuitif que veut porter le juriste sur celle-ci – l'AED comme "impact calculus". Dans cet emploi, on évite le débat sur un fondement normatif global de l'AED. Éventuellement on s'appuie sur une valeur "locale" assez généralement admise dans un

On ne peut sans doute pas détacher la position d'Ejan Mackaay, même encore ouverte à la discussion, du but qu'il assigne à l'analyse économique de retrouver la "mission traditionnelle de la doctrine juridique". Or, qu'est-ce que cette "mission traditionnelle" dans les pays de droit civil sinon celle de restituer à travers la recherche de sa cohérence, les fondements du droit et sa légitimité politique, ce qui fait, en tous cas, participer la doctrine à l'entreprise juridique elle-même ? Le livre ne peut donc certainement pas être lu dans le prolongement de la "*sociological jurisprudence*" et du "réalisme juridique" pourtant souvent associés au succès de la réception dans les facultés de droit aux Etats-Unis de l'analyse économique. L'héritage du "réalisme juridique" est formellement refusé par Ejan Mackaay (voir *Analyse économique du droit*, n° 2156). Ejan Mackaay justifie d'ailleurs en partie l'intérêt de l'analyse économique du droit en pays de droit civil par sa proximité avec les intuitions, les expériences et les solutions des civilistes. Elle permettrait de d'explicitier et de conforter leurs fondements moraux.

Il faut donc attirer l'attention sur ce qui dans l'œuvre qui nous a réunis apparaîtra comme l'essentiel : la première systématisation du droit civil et du droit privé des pays de droit civil du point de vue de l'économie du droit par un auteur francophone et civiliste. La réalisation est superbe et il appartient ainsi aux civilistes d'apprécier ce que les concepts et les démarches proposées par Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau apportent à leur doctrine ou à leur conception de la science du droit civil.

Le dialogue s'est noué et on lira dans ce cahier les réponses directes qui ont été faites à Ejan Mackaay par Christian Atias, Emmanuel Putman et Frédéric Rouvière. Le dialogue s'est noué aussi de façon plus indirecte dans la mesure où ce sont aussi, avec celle d'Ejan Mackaay, d'autres démarches proches ou plus étrangères à la sienne qui ont été également examinées par Éric Millard, Marc Deschamps et Frédéric Marty, comme par Jean-Louis Bergel, Arnaud Raynouard, Jean-Yves Chérot et Otto Pfersmann.

Le lecteur ne pourra pas malheureusement avoir accès aux réponses qui ont été faites par Ejan Mackay. Elles n'ont pas pu être retranscrites. Espérons donc que ce sera un motif de reprendre avec lui, à partir de ces textes ou d'autres, le dialogue engagé. Nous voudrions encore lui dire que son attention amicale aux observations, la profondeur de ses réponses et son empathie resteront profondément liées au très bon souvenir de cette journée d'études.

domaine. Il me semble par ailleurs que l'apport de l'AED se situe plus dans des analyses spécifiques d'institutions que dans les grandes théories sur la nature du droit. Jon Elster fait une observation semblable au sujet de la théorie du choix rationnel (Elster, Jon, *Le désintéressement : Traité critique de l'homme économique*, Tome 1 Paris, Seuil, 2009, p. 11).

Je suis tenté de vous proposer de laisser mon texte en l'état – les lecteurs constateront que je n'ai pas de réponse à votre interrogation, qui me paraît pourtant légitime, et jugeront sur ce qu'ils lisent dans le livre. Certains verront plus loin que nous et pourront faire avancer le débat sur la question."

I. UNE DIRECTION ?

REMARQUES INTRODUCTIVES

Par

Ejan Mackaay

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal¹

Permettez-moi, en commençant, de remercier vivement les organisateurs de la Table ronde, et en particulier le professeur Jean-Yves Chérot, d'avoir réuni un ensemble d'intervenants de si haut niveau pour commenter le livre que j'ai écrit avec Stéphane Rousseau et de me donner ainsi le plaisir de me retrouver de nouveau à la Faculté de droit d'Aix, où j'ai participé à tant de rencontres stimulantes.

La formule choisie me paraît porteuse. Si le livre doit soulever un débat, il vaut mieux que cela se fasse à partir de réflexions critiques d'universitaires français qui le relatent à leur vécu qu'à partir d'une présentation forcément partisane par les auteurs. Dans les remarques introductives qui suivent, mon intention n'est pas de vanter les mérites du livre, mais seulement d'expliquer le contexte (I) et les contraintes (II) auxquels nous croyions faire face en le rédigeant.

I. Le contexte

En France, la rencontre entre le droit et l'économie n'est certainement pas nouvelle. Les grands philosophes et écrivains français des siècles passés ont eu l'intuition d'analyses qui sont retenues maintenant comme des gabarits de l'analyse économique du droit. Rousseau n'a-t-il pas déjà, dans son *Discours sur l'origine des inégalités*², exposé le dilemme de la chasse au cerf, décrivant ce qui pour nous est le problème de l'action collective³ ? Et Bastiat n'a-t-il pas insisté sur la logique de ce qu'on voit et de ce qu'on ne voit pas⁴ ? Les penseurs français ont autant contribué, il me semble, à l'avancement des idées en ces matières que, par exemple, ceux des lumières écossaises (Smith, Hume) ou l'École historique allemande et Marx.

Mais ces éclairs de génie ne sont pas d'emblée accessibles pour les esprits ordinaires. Pour cela, il a fallu attendre que la science économie ait développé, au milieu du XX^e siècle, de nouveaux outils, comme la pensée "marginaliste", la synthèse néo-classique et la théorie des jeux. À la fin des années 1950, alors que le droit et l'économie avaient pris une nette autonomie l'une par rapport à l'autre, une nouvelle tentative de rapprochement a été entreprise, aux États-Unis cette fois⁵. Elle

¹ ejan.mackaay@umontreal.ca ; http://www.cdaci.umontreal.ca/membres/e_mackaay_fr.html

² Rousseau, Jean Jacques, *Discours sur les sciences et les arts – Discours sur l'origine des inégalités*, Paris, Flammarion (1755), 1971, p. 207.

³ L'intérêt de ce récit comme jeu au sens de la théorie des jeux a été souligné dans Skyrms, Brian, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁴ Bastiat, Frédéric (dir.), *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*, Paris, Éditions Romillat, 1993.

⁵ L'historique de ce rapprochement est présenté en plus de détail dans Mackaay, Ejan, "History of Law and Economics", dans : *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I*, Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2000, pp. 65-117 (<http://users.ugent.be/~gdegeest/0200book.pdf>).

était au départ une initiative d'économistes cherchant à exporter leurs conceptions au-delà de leur champ traditionnel. Au début des années 1970, l'initiative a gagné les facultés de droit, après la première publication d'une synthèse par le juriste Richard Posner⁶. Au cours de cette décennie, elle a provoqué une véritable explosion de nouvelles idées dans la plupart des domaines du droit privé aux États-Unis. Pour l'ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université Yale Anthony Kronman, l'analyse économique du droit est devenue le courant intellectuel le plus puissant qui ait touché le monde juridique américain au XX^e siècle⁷.

Dans la seconde moitié de la décennie des années 1970, l'approche s'est propagée en dehors des États-Unis, d'abord vers des pays d'expression anglaise, comme la Grande-Bretagne, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, puis vers les pays européens. Partout, elle a fait des vagues, mais nulle part n'a-t-elle eu autant d'influence qu'aux États-Unis. En matière d'acceptation de l'analyse économique du droit, l'exception n'est pas "anglo-saxonne", mais bien spécifiquement américaine.

En France, la première tentative de présentation de la nouvelle approche a été entreprise en 1977 par des économistes, qui ont pris le nom des *nouveaux économistes*, dans un collectif intitulé *l'Économie retrouvée*⁸. Le greffe n'a pas pris, car assez rapidement la présentation a été dénoncée comme une manipulation politique⁹. Pour autant que je puisse en juger à distance, les juristes l'ont ignoré, en raison peut-être du caractère polémique de l'échange. D'autres livres publiés par les auteurs de *l'Économie retrouvée*¹⁰, dont le livre sur la propriété d'Henri Lepage¹¹ qui à première vue aurait dû intéresser les juristes, sont demeurés largement ignorés d'eux.

Ce qui a connu un certain écho chez les juristes sont les actes de deux colloques précurseurs organisés ici même à Aix, en 1986, par des juristes, sur l'économie du droit¹² et un survol que j'ai publié la même année¹³, de même que deux articles publiés par un juriste britannique qui s'intéresse au droit civil dans des revues françaises prestigieuses¹⁴. Un exercice de droit comparé franco-britannique dans le domaine du contrat publié en 1987 fait voir que les juristes britanniques, se servant de l'analyse économique du droit comme outil, arrivent souvent à des conclusions semblables que les juristes français se basant sur leurs intuitions morales¹⁵. Ces éléments épars n'ont pas suffi cependant à provoquer chez les juristes

⁶ Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, (1^e éd.).

⁷ Kronman, Anthony T., *The Lost Lawyer – Failing Ideas of the Legal Profession*, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 166.

⁸ Rosa, Jean-Jacques et Florin Aftalion (dir.), *L'économie retrouvée – Vieilles critiques et nouvelles méthodes*, Paris, Economica, 1977.

⁹ Andreff, Wladimir, Annie L. Cot et al. (dir.), *L'économie fiction – Contre les nouveaux économistes*, Paris, François Maspero, 1982.

¹⁰ Aftalion, Florin, *Socialisme et économie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978 ; et deux comptes rendus très perspicaces de la révolution conceptuelle en cours aux États-Unis : Lepage, Henri, *Demain le capitalisme*, Paris, Librairie générale française, 1978 ; Lepage, Henri, *Demain le libéralisme*, Paris, Librairie générale française, 1980.

¹¹ Lepage, Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985.

¹² Atias, Christian (dir.), "L'analyse économique du droit" (numéro spécial), (1987) 2, *Revue de la recherche prospective*, pp. 409-785.

¹³ Mackaay, Ejan, "La règle juridique observée par le prisme de l'économiste - une histoire stylisée du mouvement d'analyse économique du droit", (1986) 1 *Revue internationale de droit économique*, pp. 43-88.

¹⁴ Rudden, Bernard, "Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements", (1985) 84, *Revue trimestrielle de droit civil*, pp. 91-103; Rudden, Bernard et Philippe Juilhard, "Théorie de la violation efficace", (1986) 38, *Revue internationale de droit comparé*, pp. 1015-1041.

¹⁵ Tallon, Denis et Donald Harris, *Le contrat aujourd'hui : Comparaisons franco-anglaises*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.

français en général la curiosité nécessaire pour aller prendre connaissance de l'analyse économique du droit. Peut-être la position plutôt positiviste qui dominait largement la doctrine juridique française y est pour quelque chose.

Fallait-il un exposé plus systématique de l'ensemble du domaine ? Un premier texte paru en 1991 et présentant sommairement l'analyse économique pour l'ensemble du droit privé ne semble pas avoir eu d'écho parmi les juristes¹⁶. Peut-être est-ce dû au fait que l'auteur est économiste et, de surcroît, membre du groupe des nouveaux économistes. Les renvois aux institutions juridiques dans le livre concernent surtout le droit américain, transposé en langue française. D'autres écrits d'économistes ne semblent pas avoir davantage touché les juristes¹⁷. Récemment, la très fine biographie du fondateur de l'approche, le juge Richard Posner, par deux jeunes économistes français, ne semble pas avoir suscité de l'intérêt chez les juristes¹⁸.

Ce qui a eu davantage d'effet, si on peut se fier aux citations dans la littérature juridique, sont deux publications par des juristes : un court article publié par Oppetit en 1992¹⁹ et la thèse de Fabre-Magnan, publiée la même année²⁰. Cette dernière publication est remarquable en ce qu'elle ose, dans une thèse de droit, faire appel au droit comparé et à l'analyse économique du droit pour analyser des questions de politique juridique touchant l'obligation de renseignement en droit privé, dans un climat que l'on dit encore largement hostile à ces deux approches. Mais l'effet d'ouverture sur la doctrine juridique demeure restreint car, dans des textes comme ceux de Farjat, champion du "droit économique", aucune place n'est réservée à l'analyse économique du droit²¹, pas plus, d'ailleurs, que dans la plupart des introductions au droit, qui, le plus souvent, y consacrent au mieux quelques lignes sous la rubrique des sciences auxiliaires²².

Dans l'ensemble, la réception de l'analyse économique du droit en France a été lente par comparaison aux pays voisins. À côté de l'exception américaine, il convient de reconnaître une exception française.

Il est heureux d'observer, depuis quelques années, une multiplication de collectifs, d'articles, de thèses explorant la contribution possible de l'analyse économique du droit à l'univers juridique français²³. Pour faire avancer la

¹⁶ Lemennicier, Bertrand, *Économie du droit*, Paris, Éditions Cujas, 1991.

¹⁷ Par exemple, Brousseau, Éric, *L'économie des contrats – Technologies de l'information et coordination interentreprises*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993 ; Orléan, André (dir.), *Analyse économique des conventions*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 ;

¹⁸ Harnay, Sophie et Alain Marciano, *Posner – L'analyse économique du droit*, Paris, Éditions Michalon, 2003.

¹⁹ Oppetit, Bruno, "Droit et économie", (1992) 37, *Archives de philosophie du droit*, pp. 17-26.

²⁰ Fabre-Magnan, Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.

²¹ Farjat, Gérard, *Droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1982, (2e éd.) ; *id.*, *Droit privé de l'économie T. II : Théorie des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 ; et très récemment : *id.*, *Pour un droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

²² Par exemple, Malaurie, Philippe, *Introduction à l'étude du droit – Cours de droit civil*, Paris, Éditions Cujas, 1991, n'en traite pas. Carbonnier, Jean, *Droit civil – Introduction*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, (25e éd.) y consacre un paragraphe (par. 27, p. 65) affirmant que le courant viserait à mesurer le "coût économique de l'application (ou non application) d'une règle de droit" ; Terré, François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1996, (3e éd.), par. 397, p. 355, résume sa position en affirmant que ce "courant original, fructueux, mieux encore indispensable, a pénétré dans la pensée juridique française", mais sans plus de détails.

²³ Un échantillon des publications seulement : Muir Watt, Horatia, "Law and Economics" : quel apport pour le droit international privé ?, dans : *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, Gilles Goubaux, Yves Guyon et Christophe Jamin (dir.), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001, pp. 685-702 ; Muir Watt, Horatia, "Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil", dans : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit*

connaissance de l'approche parmi les juristes français, il faudrait cependant que soient réunies plusieurs conditions. Chez les aînés, il faut une ouverture à l'exploration d'idées venues d'ailleurs et, de façon concomitante, un encouragement fait aux jeunes, aux doctorants en particulier, de se lancer dans cette exploration. Mme Viney, dans une allocation prononcée lors de la soirée organisée pour la présentation des *Mélanges* réunis en son honneur, le 2 juin 2008, à Paris, a appelé cette ouverture et cette exploration de ses vœux.

En outre, s'agissant de l'analyse économique du droit en particulier, pour que les plus jeunes puissent en entreprendre l'exploration, il faut un outil de travail qui leur permet de s'y initier effectivement. Un court texte publié en 2002 par un juriste britannique et un juriste belge paraît trop sommaire pour remplir cet office²⁴. Les textes d'introduction disponibles en anglais et dans d'autres langues ne font pas davantage l'affaire en raison de l'écart linguistique et de la différence des institutions juridiques qui y sont analysées par rapport au droit français²⁵. Voilà esquissée la niche que nous espérons occuper avec notre ouvrage.

II. Les contraintes

Notre livre d'analyse économique du droit devrait, au premier chef, se présenter comme conçu par des juristes civilistes pour des juristes civilistes. Il devrait porter sur des analyses d'institutions qui forment le quotidien des juristes francophones et dans une forme à laquelle ils sont habitués. Nous avons opté pour

civil, Bruno Deffains (dir.), Paris, Cujas, 2002, pp. 37-45 ; Muir Watt, Horatia, "Analyse économique et perspective solidariste", dans : *La nouvelle crise du contrat*, Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir.), Paris, Dalloz, 2003, pp. 183-195 ; Josselin, Jean-Michel et Alain Marciano (dir.), *Analyse économique du droit*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001 ; Deffains, Bruno (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002 ; Lévêque, François et Yann Menière, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Éditions La découverte, 2003 ; Simonnot, Philippe, *L'invention de l'État – Économie du Droit*, Paris, Les belles lettres, 2003 ; Simonnot, Philippe, *Les personnes et les choses – Économie du Droit / 2*, Paris, Les belles lettres, 2004 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; Frison-Roche, Marie-Anne et Alexandra Abello (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 ; Canivet, Guy, Marie-Anne Frison-Roche et Michael Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2006 ; Frison-Roche, Marie-Anne (dir.), *Responsabilité et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007 ; Jamin, Christophe (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2008. Parmi les thèses : Jaluzot, Béatrice, *La bonne foi dans les contrats – Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001 ; Büyüksagis, Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits – Analyse économique et comparative*, Zurich, Schultess, 2005 ; Maitre, Grégory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005 ; Royer, Guillaume, *L'analyse économique et le droit criminel – Une approche juridique*, Paris, Éditions Manuscrit Université, 2005 ; Frison-Roche, Marie-Anne et Marie-Stéphanie Payet, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006 ; Jamin, Christophe, "Économie et droit", dans : *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 578-581.

²⁴ Ogus, Anthony I. et Michael Faure, *Économie du droit : le cas français*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2002.

²⁵ À titre d'exemples : Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2007, (7e éd.) ; Cooter, Robert D. et Thomas Ulen, *Law and Economics*, New York, Pearson Addison Wesley, 2007, (5e éd.) ; Friedman, David D., *Law's Order – What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000 ; Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, Springer-Verlag, 2005, (4e éd.) ; Schäfer, Hans-Bernd et Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004.

des institutions du droit civil, principalement choisies dans les Codes civils français et québécois, mais aussi, à l'occasion, dans ceux d'autres pays, et du droit des affaires, car l'analyse économique du droit y a provoqué aux États-Unis, au dire d'un observateur privilégié, une véritable révolution²⁶.

Dans l'ordre de présentation des concepts, nous avons adopté une facture classique pour que les juristes francophones s'y sentent d'emblée à l'aise. Le droit analysé est surtout, pour emprunter le terme employé dans un ouvrage récent²⁷, celui qui est fourni par le souverain : les textes et les décisions de justice et leur mise en ordre par la doctrine, mais nous nous sommes également arrêtés à examiner les initiatives privées qui "préfigurent" les règles du droit formel. Par cette présentation classique, nous espérons focaliser l'attention des lecteurs sur les questions que pose l'analyse économique du droit au sujet des règles et sur la perspective qu'elle propose pour leur compréhension. Ces questions et cette perspective ne sont pas classiques.

Dans l'analyse économique du droit, les règles sont appréhendées comme influençant les comportements de l'acteur justiciable par la modification de leurs coûts et avantages. Devant cette modification, les acteurs peuvent, rationnellement, décider d'adapter leur comportement en conséquence. L'analyse cherche à prévoir cette adaptation et à déterminer l'effet net des adaptations entreprises par différents acteurs et pose éventuellement la question de savoir s'il correspond à la volonté de l'autorité publique qui a énoncé la règle. Remarquablement, en faisant cet exercice pour l'ensemble des règles du droit civil, on observe que la plupart d'entre elles paraissent formulées comme s'il s'agissait de minimiser les coûts des interactions humaines ou d'optimiser les incitations à l'usage prudent des ressources rares ou à l'innovation, tout cela contribuant à maximiser le bien-être, au sens où les économistes emploient le terme.

Est-il permis de faire alors un pas de plus, et de faire un emploi normatif de cette analyse, pour se demander sur un point donné quelle forme aurait la règle qui contribuerait le plus au bien-être ? La question est débattue au sein de la communauté des juristes-économistes ; dans les faits, le passage au normatif est régulièrement – et souvent imperceptiblement – effectué dans les ouvrages consacrés à l'analyse économique du droit. Dans le livre, nous avons cherché à nous tenir à des affirmations prudentes sur la question. Dans la plupart des cas, il est déjà fort utile au juriste de disposer d'un outil lui permettant de reconnaître "des règles juridiques dont les conséquences seraient immédiatement catastrophiques", pour emprunter l'expression de David Friedman²⁸.

Le livre propose l'analyse des institutions essentielles du droit privé dans les droits français et québécois. Il ne vise pas à un traitement exhaustif, mais doit tout de même fournir un échantillon suffisamment diversifié et représentatif pour que le juriste francophone puisse se faire une idée honnête sur le potentiel de cette approche pour son droit. Aux économistes qui, d'aventure, en prendraient connaissance, il permet d'acquérir une familiarité minimale avec le droit de leur pays. Cela leur évitera de faire leurs analyses sur des institutions américaines, qui sont le quotidien de la littérature en langue anglaise dont ils sont familiers. Si cela pouvait faciliter

²⁶ Romano, Roberta, "After the Revolution in Corporate Law", (2005) 55, *Journal of Legal Education*, pp. 342-359 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824050).

²⁷ Milhaupt, Curtis J. et Katharina Pistor (dir.), *Law & Capitalism : What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, p. 3.

²⁸ Friedman 2000, p. 300 ("All we need is some mechanism to eliminate legal rules whose consequences are immediately catastrophic.").

les communications entre juristes et économistes francophones, nous en serions comblés.

Au-delà des institutions du droit civil, le livre fait aussi souvent référence à des institutions d'autres droits, y compris celles de la common law américaine ou anglaise. C'est que l'analyse économique du droit invite le juriste à regarder les institutions de son droit national "de l'extérieur", pour se demander quelle autre forme elles pourraient prendre ou comment les fonctions qu'elles remplissent pourraient l'être différemment. Elle permet, en un sens, de "penser l'impensable". En cela, l'analyse économique du droit a partie liée avec le droit comparé. Les deux approches invitent à une ouverture d'esprit dont nous tenons à souligner l'intérêt, particulièrement pour les doctorants, la génération montante des juristes. Elle est de mise dans le nouveau climat qui s'installe en Europe à mesure que progressent les initiatives, notamment dans les domaines du contrat et de la responsabilité, visant à harmoniser les droits nationaux ou, du moins, à en étudier les convergences. Si la nomenclature des institutions varie, ces études doivent forcément passer par leurs fonctions²⁹.

À première vue, l'analyse économique du droit, en proposant de juger les règles par leurs effets – approche dite "conséquentialiste"³⁰ – paraît aux antipodes de l'approche traditionnelle du juriste que l'on dit fondée sur des principes moraux. À l'expérience, l'écart n'est pas si grand. Par exemple, le principe voulant qu'en matière contractuelle, les dommages à payer en cas d'inexécution se limitent à ce qui était prévisible au moment de la conclusion paraît juste pour le débiteur ; économiquement, il se justifie tout autant, mais par la considération qu'elle entraîne, entre les parties, une répartition du fardeau des précautions qui en minimise prospectivement le poids global. Autre exemple : il paraît moralement impératif de sanctionner le dol ; économiquement, cela est prudent car l'absence de sanction ouvrirait la porte à la généralisation des actes opportunistes, ce qui, à son tour, provoquerait des comportements d'autoprotection généralisés plus coûteux que la sanction par le système juridique dans les cas d'abus.

Plus que l'aspect normatif inhérent au raisonnement proposé par l'analyse économique du droit, ce qui doit retenir l'attention ici et constitue, à nos yeux, une contribution importante est l'approche fonctionnelle aux institutions : les règles juridiques servent des finalités qui sont accessibles à l'esprit humain. En identifiant ces fonctions et en déterminant comment les institutions particulières les remplissent, on met en évidence l'unité profonde du droit privé. Ici l'analyse économique du droit rejoint la mission traditionnelle de la doctrine juridique.

Au sein de l'analyse économique du droit, on peut distinguer des différences d'approche, que certains seraient tentés d'appeler des écoles³¹. Les tenants de la *behavioral law and economics*³², par exemple, en s'inspirant de travaux menés dans la psychologie cognitive, soutiennent que l'esprit humain fonctionne souvent assez

²⁹ Parmi de nombreux articles pouvant illustrer ce propos, qu'on nous permette de n'en citer qu'un seul : Chirico, Filomena, *The Function of European Contract Law : An Economic Analysis*, rapport, TILEC Discussion Paper No. 2008-025, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1185062).

³⁰ <http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> ; <http://fr.wikipedia.org/wiki/Conséquentialisme>

³¹ Par exemple Kirat, Thierry, *Économie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, réserve une large place à ces considérations.

³² Voir par exemple Jolls, Christine, *Behavioral Law and Economics*, dans : *Behavioral Economics and Its Applications*, Peter A. Diamond et Hannu Vartiainen (dir.), Princeton, Princeton University Press, 2007, pp. 115-155 (<http://ssrn.com/abstract=959177>) ; Jolls, Christine et Cass R. Sunstein, "Debiasing through Law", (2006) 35, *Journal of Legal Studies*, pp. 199-241 (http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Debiasing_Through_Law.pdf) ; Sunstein, Cass R. (dir.), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

différemment de la façon que postule le modèle de la rationalité intégrale adopté implicitement dans la plupart des analyses économiques. Ils estiment que le droit doit imposer des correctifs dans les circonstances où ces particularités risquent de jouer des tours au décideur, par exemple le consommateur. Le débat sur l'importance de ces phénomènes se concentre sur deux aspects. D'abord, il faut mesurer par des études de terrain leur incidence réelle, vu que le décideur, conscient de son propre handicap, peut prendre des précautions et éventuellement faire appel à des tiers pour modérer les contrecoups qu'il en subirait. Ces études peuvent réserver des surprises et montrer que le problème est moins aigu que la théorie ne le laisse prévoir³³. Si l'on devait constater une distorsion systématique et importante sur des points précis, la deuxième question est de déterminer quelle conséquence cela produit pour la théorie économique. L'évolution du débat laisse voir que, plutôt que de remettre fondamentalement en question le modèle néoclassique dominant, la communauté scientifique cherche comment on peut l'adapter pour incorporer ces considérations. Des débats semblables se déroulent à propos de l'approche institutionnaliste et de l'approche autrichienne en économie. Ces adaptations nous semblent faire partie de l'évolution normale des théories scientifiques. Dans un texte introductif comme le nôtre, il n'y avait pas lieu, à nos yeux, d'en faire trop de cas. Cela pourrait obnubiler le propos plus important de l'apport innovateur de l'analyse économique du droit, toutes tendances confondues, au discours du juriste.

La forme du livre était également soumise à des contraintes. Les lecteurs étant des juristes, nous avons évité l'usage de formules mathématiques et réduit au minimum l'usage de graphiques, les deux étant monnaie courante dans la littérature économique et, par ricochet, dans une bonne partie de la littérature de l'analyse économique du droit en langue anglaise. Nous avons suivi les pratiques françaises en traduisant toutes les citations reproduites dans le texte, tout en fournissant le texte original dans la note. Pour l'appareil des notes, nous avons suivi la pratique nord-américaine de documenter nos affirmations de manière détaillée et avec des références complètes. Il faut espérer que les lecteurs – et notamment les doctorants – cherchant à remonter aux sources trouveront ainsi leur travail facilité. Pour ceux qui, sans se rendre aussi loin, voudraient néanmoins étendre leurs lectures au-delà du livre, nous fournissons à la fin de chaque chapitre des conseils de lecture.

Conclusion

Ces remarques introductives n'ont cherché qu'à présenter notre livre dans le contexte plus large de l'analyse économique du droit et de l'accueil que le monde juridique français a réservé à celle-ci jusqu'à maintenant. L'analyse économique du droit, dans sa mouture actuelle, est une création américaine et sa réception a été la plus enthousiaste, et de loin, aux États-Unis : l'exception américaine. Cela n'a pas empêché cependant une réception remarquée et un débat public vigoureux dans bon nombre de pays européens. Pour en témoigner, rappelons que le texte d'introduction à l'approche en allemand en est à sa quatrième édition. Et l'intérêt pour l'approche continue d'augmenter.

La réception de l'analyse économique du droit en France a pris du retard par rapport à ces développements : l'exception française. Depuis quelques années, il y a

³³ Voir à titre d'exemple Wright, Joshua D., "Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective", (2007) 2, *NYU Journal of Law & Liberty*, pp. 470-511 (http://ssrn.com/abstract_id=1015899) ; Arlen, Jennifer H. et Eric L. Talley, *Experimental Law and Economics*, à paraître dans : *Experimental Law and Economics*, Jennifer Arlen et Eric Talley (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2008 (http://en.scientificcommons.org/jennifer_arlen).

cependant des signes encourageants d'un changement important. Mais le monde juridique français paraît en général encore loin d'accepter l'analyse économique du droit ou même d'en avoir pris connaissance. Le livre vise à faciliter aux juristes français cette prise de connaissance. Il se présente en français, dans une forme relativement classique et porte sur un échantillon assez large et représentatif du droit civil, dans l'espoir que l'attention du lecteur puisse alors être retenue principalement par la contribution propre de l'analyse économique du droit. L'approche nous semble avoir autant à dire aux juristes civilistes qu'à ceux des pays de common law. Elle invite à une ouverture d'esprit que nous croyons essentielle pour la vigueur de la tradition civiliste.

**SUR E. MACKAAY ET ST. ROUSSEAU,
ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT,
PARIS, DALLOZ, ÉDITIONS THÉMIS, 2008**

Par

Christian Atias
Boulton Senior Fellow McGill University

1. **Des questions** – Avant même de laisser la discussion s’instaurer sur l’apport de l’analyse économique du droit, sur les réponses qu’elle propose, il est peut-être possible de s’interroger sur les questions qu’elle se pose et qu’elle pose. Pour la réflexion théorique, cette étape préalable est indispensable. Il importe de savoir de quoi il est question et ce qui est en question.

L’analyse économique du droit travaille sur le droit, mais sur quel droit, sur quelle conception du droit, sur quelle partie du droit ?

2. **Des objectifs déclarés** – L’analyse économique du droit superbement présentée, explicitée et mise en œuvre par les Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, veut être “une *méthode* qui emprunte des concepts de l’économie pour mieux *comprendre* le droit et en saisir *l’unité* profonde”¹, en atteignant les conceptions doctrinales “de manière systématique et transparente”². L’objectif est de mettre “au jour, [...] une *rationalité sous-jacente* des règles juridiques et les principaux effets prévisibles de leurs changements”³, afin de pouvoir porter sur elles “un jugement éclairé”⁴. Le propos est encore révéler “des fondements du droit”⁵.

C’est le droit dit positif qui est la cible.

3. **Questions sur la méthode** – Le projet pose de multiples questions. Dans une première série, surgit celle de la “méthode”. Elle n’est évidemment ni neutre, ni indifférente ; elle ne peut être adoptée sans réflexion ; elle doit être pensée à partir de l’objet, en l’occurrence de l’objet “droit”. “La démarche, c’est-à-dire la manière dont nous suivons les choses de près (meqodos), décide par avance de ce que nous découvrons dans les choses en fait de vérité. La méthode n’est pas une pièce d’équipement de la science parmi d’autres, c’est sa teneur fondamentale, à partir de laquelle se détermine avant toutes choses ce qui peut devenir objet et comment cela le devient”⁶.

Une deuxième série de questions porte sur l’objectif de “comprendre” le droit. Elles sont particulièrement délicates. “Comprendre” pourrait signifier ici

¹ E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, Editions Thémis, 2008, p. XXI, n. 667, p. 179 ; c’est nous qui soulignons.

² E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 667, p. 179.

³ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 2121, p. 591.

⁴ E. Mackaay et St. Rousseau, *ibidem*.

⁵ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 2121, p. 591.

⁶ M. Heidegger, *Qu’est-ce qu’une chose ?*, 1935, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminiaux, Collection Tel n° 139, p. 112.- J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 2001, collection Thémis, p. 21.

expliquer ou justifier, voire déceler les raisons, mais aussi apprécier, juger. À dire le vrai, la dissociation de ces opérations intellectuelles fait question en elle-même. Et les difficultés ont trait indissociablement à l'objet. Le droit dont il est question pourrait être l'ensemble des lois qui se font au Parlement, moyennant une procédure instituée, mais aussi moyennant l'intervention de divers pouvoirs et groupes de pression. Ce pourrait être aussi celui qui est mis en œuvre et informé, institué par le juge dans chaque espèce et dans l'exercice de son pouvoir prétorien. Ce pourrait être encore le droit tel qu'il devrait être ; et la question n'est pas claire, car le droit qui devrait être peut être celui qui est juste ou celui qui est cohérent ou celui qui est efficace et remplit les objectifs qu'il s'est donné.

L'analyse économique du droit se préoccupe manifestement du droit tel qu'il devrait être conçu et mis en œuvre pour parvenir à certains résultats ou, plutôt, pour en éviter d'autres.

4. Questions sur des postulats – Une deuxième série de questions porterait sur "l'unité du droit", sur la "transparence" recherchée, sur les "fondements du droit" à expliciter.

Cette unité peut être souhaitée ; l'objectif de cohérence est alors rejoint. Elle peut être constatée ; des critères devraient alors être établis avant toute observation. Elle peut enfin être postulée. L'analyse économique du droit apparaît souvent comme l'analyse de décisions supposées faire le droit et le contenir.

La "transparence" est présentée comme une exigence d'objectivité, sinon de scientificité. Elle l'est sous couvert d'un présupposé de rationalité qui, lui aussi, fait question⁷ ; il ne peut être envisagé globalement et dans l'absolu, sans prendre parti sur le rôle des pouvoirs et de leurs décisions dans la formation du droit.

Quant aux "fondements", ils sont encore plus problématiques. Ces "points de départ" ne peuvent être retenus sans être puissamment et profondément pensés. "En fait, l'historicité est toujours refoulée dans la question du point de départ, pour que celle-ci s'instaure et prenne son sens"⁸.

À bien des égards, c'est l'efficacité qui semble servir de fondement au droit qu'étudie l'analyse économique du droit. Sa prétention à "assigner au droit la recherche d'objectifs préférables"⁹ a été fortement critiquée au nom notamment de la préoccupation de la liberté : "l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité"¹⁰.

5. Une théorie générale et neutre ou les origines philosophiques de l'analyse économique du droit – La nature de l'analyse économique du droit fait question en elle-même. Discours sur le droit, elle aspire à se parer des atours du réalisme, d'un réalisme exemplaire et inégalé. Elle traite d'une effectivité fondée sur l'expérience économique et sur les apports de la science économique.

Le risque est d'introduire, sous couvert d'une autre rationalité, un "vernis logique"¹¹. La théorie économique du droit pourrait être "dopée"¹². Elle peut donc être éprouvée sur le terrain de cette rationalité renouvelée. Sa neutralité mérite réflexion. Elle est douteuse parce que les positions philosophiques et théoriques sur

⁷ Voir notamment S. Goyard-Fabre, *Critique de la raison juridique*, Paris, P.U.F., Collection Thémis Philosophie, 2003, et notamment, p. 19 sur l'influence du modèle des mathématiques.

⁸ M. Meyer, *Questionnement et historicité*, Paris, P.U.F., 2000, collection L'interrogation philosophique, p. 38.- Voir aussi, p. 7 et s.

⁹ B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, collection Doctrine juridique, p. 181.

¹⁰ B. Oppetit, *ibidem*.

¹¹ R. Boudon, *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses...*, Paris, Fayard, 1990, pp. 23, 29, 49.

¹² R. Boudon, *op.cit.*, pp. 129, 161, 165.

lesquelles elle repose ouvertement ne sont évidemment pas neutres. L'analyse économique du droit ne pourrait être, sans danger, une théorie ou une philosophie du droit qui s'ignore.

I. L'analyse économique du droit, une méthode normative ?

6. Légistique – Par ses objectifs déclarés, l'analyse économique du droit paraît relever davantage de la légistique ou de la juristique que la théorie générale du droit. Elle propose des solutions pour améliorer la façon de poser les règles, en tenant mieux compte de leur incidence économique supposée prévisible. Elle substitue une analyse raisonnée aux intuitions assez fragiles de la tradition juridique. De tous temps, certaines règles ont été critiquées, d'autres ont été jugées préférables en considération des effets qui leur étaient prêtés sans autre vérification ; l'exemple de la prohibition des pactes sur succession, fondée sur la crainte de favoriser le "*votum mortis*" est connu. L'attitude et la préoccupation ne sont donc pas nouvelles ; ce qui change, c'est la façon d'y répondre.

L'analyse économique du droit ne se contente pas de telles hypothèses. C'est l'apport principal des instruments de la science économique que de permettre de les éprouver. Pour y parvenir, un parti est pris sur la règle de droit et sur son élaboration. L'analyse économique du droit peut ainsi prétendre au titre de théorie de l'une ou de l'autre.

A. Une théorie de la règle de droit

7. La définition dominante du droit – Pour l'analyse économique du droit, ce dernier est dans les règles. La définition la plus ordinaire d'ensemble de règles de comportement, assorties de contrainte, paraît lui convenir parfaitement. Certains théoriciens de l'analyse économique du droit s'en sont préoccupés et ont mené la discussion sur ce terrain. Toutefois, le débat sur ce point semble souvent largement faussé pour deux raisons. D'une part, mené au nom et du haut de l'analyse économique du droit, il doit s'achever sur l'adhésion à une théorie du droit qui ne s'oppose pas à son essor ; la théorie est en quelque sorte "dos au mur". D'autre part, les tenants de l'analyse économique du droit semblent assez généralement tenir la question pour d'importance tout à fait secondaire ; leurs analyses et propositions doivent passer et passeront.

Au résultat, une aporie cruciale semble négligée. L'analyse économique du droit est à l'aise dans une conception interventionniste ou paternaliste. Elle propose la formulation de règles destinées à produire tel ou tel résultat économique par hypothèse voulu et recherché ; elle offre donc au législateur les moyens d'augmenter son action, voire sa maîtrise sur l'économie. Contrairement à une impression répandue, ses rapports avec le libéralisme sont moins clairs. Si le droit est un ordre social spontané, le résultat des règles délibérées peut se constater pour déplorer qu'elles le perturbent, et notamment qu'elles diminuent la qualité de l'information fournie. Dès lors que le droit français en particulier n'a jamais été vraiment inspiré par le libéralisme – en dépit de ce qu'ont voulu faire croire les tenants de l'interventionnisme d'État –, la question à poser à l'analyse économique du droit, comme aux autres théories juridiques, c'est celle de la transition : il faut inventer les voies par lesquelles l'État pourrait intervenir dans une économie réglementée pour lui réapprendre la liberté.

8. De la généralité des règles de comportement – Il n'est certainement pas possible de tenir pour une évidence que le droit serait dans les règles, dans des règles de comportement en particulier.

L'analyse économique du droit doit faire la part de la prudence aristotélicienne dans la formation du droit. S'il se situe quelque part sur le chemin qui se parcourt sans cesse dans les deux sens entre le général et le singulier, les conclusions tirées sur les effets des règles doivent être relativisées. Le droit n'est pas ce qui peut se décrire dans l'abstrait ; là seulement, il est question de comportements à combattre ou à favoriser. Sur ce chemin incertain, favoriser l'adoption de la solution la moins injuste n'est pas nécessairement une question d'efficacité.

9. De l'effectivité des modèles de comportement – Plus précisément, l'analyse économique du droit paraît vouloir raisonner sur des comportements et réactions réels là où l'individualisme méthodologique nous a appris à raisonner plus modestement sur des hypothèses imaginaires. Il s'agit de reconstruire, à partir des mouvements sociaux, les attitudes individuelles qui peuvent les expliquer. Ce qui manque, dans les affirmations économiques sur le droit et ses effets, c'est une petite expression pleine de sens – faut-il dire de bon sens ? – : “tout se passe comme si...”.

Elle éviterait toute confusion entre le droit et un programme d'action politique. Elle éviterait aussi de prendre les notions de droit pour des instruments, des “concepts opératoires”. Elle invite surtout à se demander si l'effet économique ou social de la règle dépend directement de son contenu. “Quand dire c'est faire” est une théorie du langage, non du droit ; il a trop souvent tendance, comme les politiques économiques, à faire l'inverse de ce qu'il dit. La règle ne fait que ce qu'elle fait entendre, en fonction de la façon dont elle s'insère dans un corps global, de la façon dont elle est comprise, mise en œuvre et acceptée.

B. Une théorie de l'élaboration des règles

10. De la législation à la régulation – Les fonctions de la législation sont fort complexes et bien incertaines. Il ne peut admis comme un postulat indiscutable qu'elle ait pour mission de réguler les comportements en fonction notamment de leurs effets économiques.

Le doute est d'autant plus permis que l'efficacité de cette régulation ne se vérifie guère. “Les phénomènes sociaux peuvent être le résultat des actions des hommes ; ils ne sont jamais l'exécution de leurs desseins”¹³ ; c'est ce que démontrent des siècles d'histoire du droit. Les effets des règles sont parfaitement imprévisibles parce qu'ils se conjuguent avec les traditions juridiques et sociales, avec ceux d'autres règles, avec les particularités des situations individuelles, avec les idéologies dominantes ou souterraines...

L'exemple historique du normativisme kelsénien doit être conservé en mémoire. Pour faire tenir la pyramide des normes, il faut la serrer entre deux hypothèses posées pour demeurer invérifiables, la norme hypothétique fondamentale et une effectivité globale et vague.

11. La rationalisation des choix législatifs – Les partis que prend le législateur peuvent assurément être réfléchis, préparés par des études notamment économiques rigoureuses et sérieuses. Cette façon d'opérer est évidemment

¹³ Ad. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, Londres, 1767, p. 187.

préférable ; chacun déplore qu'elle ne soit pas toujours suivie. C'est une chose que de ne pas légiférer à l'aveugle ou pour répondre à des revendications pressantes, à des fins électorales notamment ; c'en est une toute autre que de confondre l'étude des situations à régir avec les résultats à venir de la législation.

L'un des apports majeurs de l'analyse économique du droit serait assurément de parvenir à contribuer à l'amélioration du travail législatif. Deux voies ont été empruntées et devront l'être. En premier lieu, l'étude des influences et actions qui s'exercent sur les pouvoirs normatifs, législatifs et prétoriens, est de première importance. Il ne faut pas espérer, ni même peut-être souhaiter les empêcher. Il faut en tenir compte. Il faut "faire avec", lorsqu'il s'agit de rendre les choix législatifs plus rationnels et plus efficaces. En second lieu, dans la réalisation de cet objectif, il importe de faire preuve d'une grande modestie ; ce serait un immense progrès que d'en apprendre les bienfaits au législateur lui-même. Ses objectifs seraient beaucoup plus souvent atteints s'ils ne supposaient pas des hommes différents, des hommes nouveaux, un monde différent, un monde nouveau. Aristote nous a maintes fois rappelé que nous vivons dans un monde sublunaire.

12. L'effacement de l'irrationnel – Le langage, la pensée, le discours, le raisonnement juridiques sont volontiers caractérisés par leur rigueur, par leur clarté. Il fut même un temps où des scientifiques enviaient ces caractéristiques. Le droit serait porteur de certitudes, de sécurité. C'est ce que demandent le citoyen, le justiciable, le profane au juriste.

L'analyse économique du droit pourrait bien reprendre ces mythes à son compte, au moins par défaut. Elle semble proposer une amélioration des règles de droit pour les rendre plus efficaces, plus sûres, comme si elles pouvaient acquérir ces qualités. L'irrationnel a toujours eu sa place dans le langage, la pensée, le discours, le raisonnement juridiques. Il ne pourrait très probablement pas en être éliminé. Le droit est assis sur des symboles et sur des légendes. L'histoire des grands principes, des notions les plus solennellement consacrées en atteste.

La décision de faciliter le divorce peut bien faire l'objet d'une analyse économique ; ses conséquences peuvent être étudiées. Rien ne peut empêcher qu'elle n'affecte l'image, hautement symbolique, du mariage.

II. L'analyse économique du droit, une théorie du droit ?

13. L'analyse économique de quel droit ? – La question à laquelle l'analyse économique du droit est inexorablement et constamment reconduite est bien celle de savoir de quel droit elle entend faire l'analyse. Elle peut travailler sur un "droit" rationnel – ou prétendant à l'être – et cohérent – ou prétendant à l'être –, fabriqué par un législateur. Il faut souhaiter qu'il soit informé sur les conséquences économiques et sociales de ses initiatives. Elle peut aussi tenter d'analyser un droit qui se compose tous les jours à l'incessante rencontre de multiples règles délibérées qui entrent en concurrence, d'autres règles formées spontanément, des circonstances concrètes, des besoins, des intérêts, des cultures et des idéologies, et de pratiques communes. L'examen de ses effets prend alors un tour beaucoup plus théorique et contemplatif ; l'espoir d'améliorer ce droit là risque fort d'être vain. Ses effets éventuellement pervers ou néfastes ne peuvent être corrigés directement.

Ouvrir cette alternative, c'est poser la question des postulats idéologiques de l'analyse économique du droit. Il lui appartient de démontrer qu'elle peut ne pas être positiviste, qu'elle peut être la théorie de droits conçus autrement. Héritière de la philosophie des Lumières et de son positivisme, elle ne pourrait prétendre ni à une sorte d'universalité, ni à une quelconque neutralité.

A. Un guide pour la mise en œuvre de la règle

14. Inférence, induction, incidence – Comme la cohérence du droit, la rationalité juridique est toute relative. Elle est faite de complexités, de compromis, d’accommodements. L’objectif de “montrer la logique”¹⁴ du droit est donc du plus grand intérêt. Il suppose toutefois de s’entendre sur la logique¹⁵ dont il est question. Ce n’est pas la logique ordinaire ; elle est propre au droit et tolère bien des contradictions, bien des approximations.

Les inférences juridiques sont ordinairement bien fragiles. Elles se fondent davantage sur des habitudes et des traditions que sur la logique même. Les inductions juridiques sont assez souvent plus hypothétiques encore que celles des autres domaines.

L’analyse économique du droit doit tenir compte de ces caractéristiques auxquelles elle ne renonce nullement, bien au contraire. Elle compose ses études de l’incidence des règles, et ses propositions de clarification et de vérification, sur la base d’une reconstruction elle-même hypothétique, celle de l’individualisme méthodologique. Le réalisme prôné est donc bien particulier.

15. Bonne et mauvaise foi, détournement et opportunisme – La référence à la bonne foi a été empruntée par le droit français à un droit romain abâtardi par les romanistes du Moyen-Age. Il ne faut donc pas attendre d’elle une grande précision ; elle est nécessairement équivoque. Elle est encombrée de mille cas-types, de préjugés changeants, d’idéologies multiples et aussi de réactions personnelles.

L’analyse économique du droit propose de lui substituer la notion d’opportunisme. Elle paraît plus rationnelle parce qu’elle est moins ancienne, moins sur-déterminée, moins moralement marquée. Le progrès n’est pas assuré. La présomption de mauvaise foi que les juges attachent volontiers à toute intention spéculative ne disparaîtrait certainement pas s’ils raisonnaient sur l’opportunisme du spéculateur. Les anciens sillons tracés sur le champ de la bonne foi se prolongeraient sans doute sans grande variation.

B. Une reconstruction des raisons de la règle

16. Concept ou mythe fondateur ? – L’intention du législateur est un mythe ; nul n’en doute. Elle n’a pas d’existence réelle, parce que l’adoption des dispositions légales fait l’objet de décisions collectives ; nul ne peut savoir quelle fut l’intention de la majorité des votants. Le jeu des amendements interdit également de s’en tenir à l’intention des rédacteurs de l’avant-projet et du projet. Elle est “déterminée” de façon variable en fonction des mises en œuvre successives de la disposition, des variations idéologiques...

Ce mythe est fondateur. Il n’a de sens que parce qu’il montre que la loi n’appartient pas à ses auteurs. L’intention du législateur est la référence qui guide la réflexion sur ce que pourrait être la bonne règle, la recherche de la raison de droit. L’analyse économique du droit ne peut réduire son examen à la décision législative ou prétorienne ; c’est un phénomène beaucoup plus complexe qu’elle doit prendre pour objet.

¹⁴ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 22, pp. 6-7.

¹⁵ M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, Paris, P.U.F., 2001, collection Thémis, p. 1.

17. *Ratio legis et ratio juris* ? – L’analyse économique du droit ne peut faire l’économie de la réflexion sur la distance incommensurable qui sépare la *ratio legis* de la *ratio juris*.

Elle semble parfois la méconnaître. C’est le cas, par exemple, lorsqu’il est supposé que la règle de répartition du trésor entre l’inventeur et le propriétaire du fonds où il a été découvert s’explique par la volonté “d’intéresser aussi bien l’inventeur que le propriétaire à la mise en circulation”¹⁶. La raison de droit est plus complexe ; elle tient notamment à la réserve législative face au hasard, à la chance qui ne porte guère “le jugement intuitif de justice”. La même observation vaut pour le régime juridique du doute sur l’authenticité d’un tableau ; il est bien douteux que la préoccupation de ne pas “décourager la prise de risques par les experts et éventuellement même l’investissement dans l’acquisition du talent d’expert”¹⁷ soit la raison de droit des solutions consacrées.

18. **Raisons et effets du droit** – À supposer même qu’une disposition légale ait été adoptée pour tenter de provoquer de tels effets, pour produire de tels résultats, ils ne se produiront que bien rarement. La référence à la raison du droit tient compte de ces interactions multiples et complexes, de ces allers et retours constants de la règle à la singularité de l’espèce ; c’est pourquoi, elle résiste à l’analyse économique.

“Décourager l’inexécution du contrat”¹⁸ peut être un objectif du législateur ; ce ne peut guère être une raison de droit. La Cour de cassation qui tient toute inexécution du contrat pour une attitude contraire au droit¹⁹ s’égare dans une vision moralisatrice et disciplinaire. Dans bien des cas, l’inexécution du contrat est légitime et licite ; son régime juridique n’est pas constitué seulement de sanctions.

19. **L’analyse économique de la pathologie du droit. Des erreurs dans le droit** – L’analyse économique du droit apporte à la réflexion sur le droit, sur sa formation, sur sa mise en œuvre, des informations de grand intérêt. Elle a incontestablement sa place aux côtés de l’histoire du droit, de la sociologie juridique, de la philosophie et de la théorie du droit.

Elle le complète utilement, en révélant des aspects méconnus du phénomène juridique. En particulier, elle pourrait contribuer à l’élaboration d’une théorie de l’erreur dans le droit²⁰. Il n’est pas rare que le législateur ou les juges s’égarent. Cette réalité est tenue pour une anomalie exceptionnelle et négligeable ; c’est un postulat aussi coûteux que dangereux. De trop nombreuses erreurs affectent l’image du droit, sa signification symbolique ; son acceptation sociale est en cause.

L’analyse économique de la pathologie du droit, des erreurs de raisonnement, des explications de leur survenance, de leurs conséquences et des remèdes susceptibles de les éviter ou d’en diminuer le nombre, serait d’une utilité certaine. Il faut espérer qu’elle se développera rapidement.

¹⁶ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 904, pp. 244-245.

¹⁷ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1492, p. 411.

¹⁸ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1337, pp. 373-374.

¹⁹ Cass. com., 30 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n. 258.

²⁰ E. Mackaay et St. Rousseau, *op.cit.*, n. 1248 et s., pp. 349-350 : “Observations sur l’erreur judiciaire”.

L'INTROUVABLE CONTRAT COMPLET

Par

Emmanuel Putman
Centre Pierre Kayser,
Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

1. Comment l'ordre juridique peut-il accorder une complète force obligatoire à un contrat dont le contenu obligationnel (cf. P. Ancel, "Force obligatoire et contenu obligationnel", *RTDciv.* 1999, 1 et s.) présente des lacunes, s'avère imparfait ou pour mieux dire incomplet, en ce sens qu'il n'envisage pas toutes les solutions permettant de faire face à toutes les éventualités d'accidents de parcours susceptibles de priver les contractants du résultat désiré ? C'est énoncer sous la forme d'un paradoxe la question de ce que les économistes appellent le "contrat parfait" ou plus exactement le "contrat complet" (complete contract), tout en posant comme hypothèse l'inévitable imperfection, ou pour le dire plus précisément, l'inévitable incomplétude du contrat (E. Mackaay et S. Rousseau, "Analyse économique du droit", 2^e éd. Dalloz 2008, n° 1347 et s., p. 376 et s., spéc. n° 1348, p. 377 et les références citées).

I. Le contrat complet comme vue de l'esprit

2. En effet, le contrat complet n'existe pas en réalité : c'est "une vue de l'esprit" (Mackaay et Rousseau, *op. cit.* n° 1349 p. 377). Non seulement le contrat ne saurait détailler de manière absolument complète tous les accidents de parcours imprévisibles (hardship ou force majeure) qui pourraient l'affecter, mais les contractants font le choix de l'incomplétude rationnelle "(rational incompleteness : Mackaay et Rousseau, n° 1351, p. 378 et les références citées), c'est-à-dire préfèrent ne pas essayer d'intégrer dans le contenu du contrat toutes les éventualités prévisibles, parce que les coûts d'un tel effort n'en valent pas la peine et que cet effort pourrait même conduire à des résultats contre-productifs. Le succès des pourparlers pourrait être compromis si l'on s'inquiétait à l'avance d'accidents de parcours très improbables (coûts de formulation). Certaines stipulations contractuelles pourraient s'avérer défectueuses si l'on prétendait à toute force préconstituer des remèdes "ad hoc" pour des accidents de parcours qui n'arriveront peut-être pas tels qu'on les avait imaginés (coûts d'inadaptation : cf. Mackaay et Rousseau, n° 1350, p. 377)."

Bref, "la spécification complète du contrat ne vaut jamais son coût en regard des ennuis ainsi évités" (Mackaay et Rousseau, n° 1351, p. 377).

3. Cela n'empêche pas le contrat de tendre vers la complétude mais il peut la viser de plusieurs manières selon l'idée que les rédacteurs se font d'un contrat complet. La complétude pourra être recherchée "en extension", c'est-à-dire en envisageant minutieusement des séries de situations avec les effets de droit que les parties entendent y attacher (liste des circonstances de hardship ou de force majeure),

ou “en compréhension” c’est-à-dire en visant un ensemble de situations et d’effets de droit au moyen d’une formule générale, ou encore selon une méthode combinatoire associant clause générale (au sens du présent contrat, la force majeure est entendue comme...) et clause énumérative. La diversité des techniques contractuelles dérive de la diversité des cultures juridiques, tournées, les unes plutôt vers une technique casuistique, les autres plutôt vers une technique systématique (v. J.-M. Mousseron et alii, “Technique contractuelle”, F. Lefebvre, 2^e éd., n° 368). Dans tous les cas la complétude recherchée est liée à la représentation qu’on se fait d’un contrat complet hypothétique.

II. Le contrat complet comme méthode

4. Si l’on passe de la construction du contrat par les parties à l’interprétation du contrat et à l’appréciation des conduites des cocontractants par le juge à l’occasion d’un litige, on constate que nombreux sont aujourd’hui les économistes qui incitent le juge à rendre sa décision, non pas tellement selon un principe de réalité, en évaluant les comportements des parties lors des accidents de parcours par référence au contenu de leur contrat tel qu’il est, mais bien, plutôt, en contemplation d’une économie hypothétique du contrat. Les juges sont invités à mesurer le contrat plus ou moins incomplet, à l’aune de l’équilibre contractuel auquel les parties seraient parvenues si elles avaient explicité toutes leurs attentes dans les termes les plus détaillés.

5. Cette analyse paraît reposer à la fois sur une présomption et sur un postulat. Les parties sont présumées avoir construit leur contrat selon une certaine idée qu’elles se faisaient du contrat complet et il est postulé que la seule mission légitime du juge consiste à se prononcer sur la foi, non pas d’une conception préétablie du contrat complet, suspectée d’être plus ou moins arbitraire, mais d’une reconstitution, aussi fidèle ou du moins aussi plausible que possible, des moyens par lesquels les parties entendaient parvenir aux avantages qu’elles espéraient tirer du contrat. Le juge devrait s’efforcer d’approcher au plus près d’une formulation des attentes des parties que celles-ci ne désavoueraient pas.

III. Le contrat complet comme économie

6. Il est improbable que les économistes adeptes de cette méthode du contrat complet hypothétique reconnaissent qu’elle est commandée par un postulat. Au contraire, ils expliquent que les accidents de parcours du contrat représentent un coût global qu’il faut essayer de minimiser. L’approximation, aussi fine que possible, des gains escomptés par les parties, s’imposerait alors comme la meilleure méthode de minimisation du coût des accidents de parcours (Mackaay et Rousseau, n° 1349-1350, p. 377, citant D. Wittman, “Economic foundations of law and organization”, Cambridge University Press 2006, spéc. p. 194 et s.).

7. La raison donnée pour considérer cette méthode comme la meilleure, est le caractère essentiellement subjectif des valeurs que veulent se procurer les parties au contrat. En d’autres termes, il serait excessivement difficile, voire illusoire, d’apprécier tel contrat particulier au regard des qualités objectives que l’on attendrait d’un contrat parfait. Par exemple, la lésion ne saurait être fonction d’un juste prix censé traduire objectivement la valeur retirée du contrat, puisque les paramètres de l’accord résultent de valorisations subjectives. En tout cas, la lésion “ne pourrait,

sans contresens, être fondée sur un écart objectif de valeurs. Le concept est une vue de l'esprit" (Mackaay et Rousseau, n° 393-394, p. 110, critiquant l'art. 1406 C. civ. Du Québec ; rappr. Mackaay et Rousseau, n° 1295, p. 362-363, insistant sur le caractère essentiellement subjectif des valeurs).

8. L'analyse économique semble ainsi se défier d'une certaine vue de l'esprit, celle de la justesse objective des termes de l'échange, tandis qu'elle se fie à une autre vue de l'esprit, celle du contrat complet hypothétique conforme à l'équilibre subjectif des termes de l'échange tel que les parties sont censées l'avoir projeté. Vue de l'esprit pour vue de l'esprit, pourquoi l'une serait-elle supérieure à l'autre ? La raison habituellement avancée est, à vrai dire, une accusation. Un droit des contrats qui s'inspirerait "d'une conception idéelle du contrat parfait" afin d'imposer "des termes qui correspondent à son idée du contrat parfait et non pas à ce que les parties, elles-mêmes, estiment être bon pour elles" (B. Lemennicier, "Économie du droit", Cujas 1991, p. 73) serait entaché de mauvais idéalisme. Ce serait un droit paternaliste (Mackaay et Rousseau, n° 1426-1441, p. 397-400).

9. Au contraire, certains juristes ne trouvent nullement contradictoire d'affirmer, tout à la fois, que "la détermination de ce qui est juste dépend, non de la volonté des parties, mais [...] de la nature de la convention que les parties ont entendu passer" et qu'il importe, non d'appliquer "à des comportements humains des catégories légales plus ou moins préétablies, mais [de] discerner par l'observation de ces comportements [...], quelle opération économique les cocontractants ont souhaité réaliser d'un commun accord" (A. Sériaux, "Droit des obligations", PUF, coll. "Droit fondamental", 2^e éd. 1998, n° 26, p. 92). Ce qui, en effet, est en jeu, c'est le choix philosophique entre plusieurs conceptions possibles de la justice contractuelle.

IV. Le contrat complet comme justice

10. Il est salutaire de critiquer le droit en vigueur lorsqu'il vise uniquement à imposer une "conception idéelle du contrat parfait". Par exemple, l'art. L. 313-10 du Code de la consommation français prive d'effet le cautionnement manifestement disproportionné par rapport aux biens et revenus de la caution personne physique, à moins que le patrimoine de la caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette pas de payer. Ce système du tout ou rien a été contesté parce qu'il contraint le juge à priver d'effet le cautionnement disproportionné, au lieu de lui permettre de ramener le cautionnement à des proportions raisonnables (S. Piédelièvre, "Droit de la consommation", *Economica* 2008, n°398).

11. C'est toute la différence entre l'analyse économique du contrat proposée par MM. Mackaay et Rousseau (*op. précité*, n° 393-394, p. 110, à propos de la définition de la lésion), et l'analyse d'un juriste demeurant fidèle à une conception philosophique classique de la justice. MM. Mackaay et Rousseau ne croient tout simplement pas qu'il soit possible de mesurer la disproportion d'une obligation par le constat d'un écart objectif entre deux valeurs. Au contraire, la philosophie de la justice la plus classique, celle d'Aristote, croit véritablement possible d'ajuster les commutations volontaires de valeurs entre les patrimoines des contractants selon l'égalité arithmétique synonyme de justice commutative (Aristote, "Éthique à Nicomaque", V, 2). La disproportion manifeste du cautionnement par rapport aux biens et revenus de la caution est, à cet égard, contraire à un équilibre contractuel

abstrait, qui imposerait, selon la formule de Saint Thomas d'Aquin, "d'égaliser objet à objet" en établissant l'égalité "selon une moyenne arithmétique" ("Somme théologique", II^a-II^{ae}, q. 61, art. 2).

12. Ce n'est donc pas parce qu'il suppose mesurable la disproportion manifeste du cautionnement que l'art. L. 313-10 C. consom. paraît défectueux : c'est parce qu'il refuse d'aller plus loin qu'une "forme abstraite de détermination du juste" (A. Sériaux, "Droit naturel", PUF, coll. Que sais-je, 1993, p. 29). Le défaut de ce texte est de ne pas permettre au juge de moduler le remède à la disproportion, de ne pas lui laisser la possibilité de rendre une justice concrète selon les "choses humaines, contingentes et variables" (A. Sériaux, *op. cit.*, p. 30). À l'inverse, l'art. L. 132-1 al. 5 C. consom., s'il déduit le caractère abusif d'une clause, dans un contrat de consommation, du déséquilibre significatif des obligations au détriment du consommateur, précise que le juge doit se prononcer en se référant aux circonstances qui entourent la conclusion du contrat (comp. Mackaay et Rousseau, n° 393, p. 110 qui estiment que l'appréciation de la lésion devrait toujours reposer sur les circonstances qui ont conduit à l'accord).

13. Cela nous ramène à la question des meilleurs remèdes aux accidents de parcours, ou de la meilleure minimisation de leur coût global, ou pour le dire autrement, de la meilleure justice contractuelle. Le contrat est avant tout un ajustement entre des valorisations subjectives. Donc, s'il n'est pas en état de remplir son office, s'il ne permet pas du tout aux parties d'obtenir ce qu'elles désirent (Mackaay et Rousseau, n° 1295, p. 362), il lui manque un élément objectivement essentiel pour les besoins d'une bonne justice contractuelle. Aussi le contrat qui ne localise ni n'indique les caractéristiques de l'immeuble vendu n'est-il pas valable (Cass. 3^e civ., 17 juillet 1997, *Bull. civ.* III, n° 172 ; *Defrénois* 1997, p. 1346, obs. Ph. Delebecque).

14. Les parties cherchent à tirer du contrat un gain net en prenant des précautions dont le coût est inférieur à celui des ennuis qu'elles permettent d'éviter (Mackaay et Rousseau, n° 1327, p. 371). L'une des manières d'y parvenir est de circonscrire volontairement le champ contractuel en excluant la prise en compte de certains accidents de parcours. S'en tenir à ce bornage contractuel devrait normalement assurer une justice contractuelle suffisante. C'est pourquoi le juge français n'accède pas à la demande du locataire juif orthodoxe qui, pour respecter strictement les prescriptions du shabat, voudrait que l'immeuble équipé d'un digicode soit doté d'une serrure mécanique, alors que le contrat ne prévoit pas l'obligation du bailleur d'adapter l'immeuble aux convictions religieuses du locataire (Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, *RTDciv.* 2003, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; p. 382, obs. J.-P. Marguénaud ; p. 575, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2004, p. 231, obs. J. Rochfeld ; p. 348, obs. G. Lardeux ; *RJPF* 2003-4/13 note E. Garaud).

15. Encore faut-il sanctionner l'opportunisme d'une partie qui aurait unilatéralement exclu certaines prestations du champ contractuel sans en avertir l'autre (comp., Mackaay et Rousseau, n° 1355 et s., p. 379 et s.). Manque à cet égard à la bonne foi l'assureur qui, dans un contrat d'assurance-vie multi-supports, refuse unilatéralement d'exécuter des instructions sur certains supports sans avoir au préalable avisé le souscripteur qu'il avait modifié la liste des supports éligibles,

comme le contrat lui en laissait la faculté (Cass. 2^e civ., 8 nov. 2007, *JCP G*, 2008, II, 10034 note L. Grynbaum).

16. Si, somme toute, le rôle du droit des contrats et de la justice contractuelle est, selon le test de Wittman (“Economic foundations of law and organization”, 2006, p. 194, précité), de minimiser à la fois le coût de la formulation du contrat par les parties et le juge et le coût des comportements inefficaces des contractants (v. Mackaay et Rousseau, n° 1333 et s., p. 373 et s.), cela n’interdit nullement une analyse “substantialiste” des obligations contractuelles. Quoi qu’en disent certains économistes, une telle analyse n’est pas fatalement détachée des réalités, paternaliste ou asservie à une “conception idéelle du contrat parfait” (cf. *supra* n° 8). Ce sont les parties elles-mêmes qui, en construisant le contrat en vue de l’opération économique qu’elles désirent réaliser, créent des contenus obligationnels et des “natures juridiques” qu’elles ne sauraient ensuite vider de leur substance sans violer la loi qu’elles se sont données. Par exemple le commissionnaire de transport ne peut s’abriter derrière la clause limitative de responsabilité qu’il a stipulée s’il a perdu les marchandises transportées sans même connaître les circonstances de leur disparition et sans être du tout capable de les localiser. On peut, comme le fait notre jurisprudence, justifier la mise à l’écart de la clause limitative parce que, dans ces circonstances, cette clause revient à priver le contrat de son obligation essentielle (Cass. Com., 5 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10145 note D. Houtcieff) ou considérer que le commissionnaire de transport qui, dans le cas d’espèce, prétend au bénéfice de la clause, fait perdre au contrat sa cohérence et se contredit lui-même au détriment de l’autre partie (comp. D. Houtcieff, note précitée, et D. Mazeaud, obs. sous Cass. Com., 9 mars 2005, *RDC* 2005, p. 1015).

V. Le contrat complet comme enjeu de pouvoir

17. Il s’en faut de beaucoup que le juge se fie à la seule volonté discrétionnaire des parties lorsqu’il formule le contrat complet hypothétique à l’image duquel il apprécie le contrat plus ou moins complet qui fait l’objet du litige. Il s’en faut de beaucoup que le pouvoir modulateur du juge (comp. F. Lafay, “La modulation du droit par le juge. Étude de droit privé et sciences criminelles”, th. Lyon III, 2004, dir. O. Moreteau, et J. Fischer, “Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français”, PUAM 2004, préf. Ph. Le Tourneau), cantonne la régulation d’un contrat à la stricte interprétation de celui-ci, d’autant plus littérale que le contrat litigieux serait plus complet (rapp. Mackaay et Rousseau, n° 1353, p. 378). Cela dit les juges sont quelquefois les premiers surpris de l’interventionnisme ou du paternalisme que certaines analyses doctrinales leur prêtent, alors qu’ils ne sont pas les derniers à prôner le respect du contrat. Une référence “substantialiste” n’annonce pas forcément l’intention du juge de prendre le pouvoir dans la sphère contractuelle, bien au contraire. Ainsi le cessionnaire d’actions à qui les cédants ont consenti une clause de garantie du passif visant expressément les redressements fiscaux, peut-il faire jouer la clause alors même que, dirigeant et principal actionnaire, le cessionnaire savait très bien qu’il y avait un gros risque de redressement. Le juge, affirme à cette occasion la Cour de cassation, peut certes sanctionner l’usage déloyal d’une prérogative contractuelle, mais il ne peut pas “porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties” (Cass. Com., 10 juill. 2007, *D* 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; *JCP G*, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff).

18. Ce qui est alors perturbant pour les parties, ce sont les phénomènes assez fréquents de distorsion du message du juge. Un message substantialiste faisant craindre un accès de paternalisme peut se solder par un résultat strictement conforme à la lettre du contrat. Au contraire un message rendant un hommage appuyé à la volonté contractuelle peut se solder par une instrumentalisation de celle-ci, à l'instar de cette sentence arbitrale relative à un important contrat d'assurance d'un satellite, qui déclare fermement que le principe d'efficacité du contrat est "l'alpha" et "l'omega" de la *lex mercatoria* et que rien ne commande d'interpréter le contrat en faveur de l'assuré, pour juger finalement que l'assuré doit bel et bien être couvert au nom de l'efficacité du contrat (sentence CCI n° 11426, *JDI* 4/2006, p. 1443).

19. Il s'ensuit une stratégie de réduction des coûts de distorsion qui ressemble beaucoup à une lutte de pouvoir entre les parties et le juge. Les rédacteurs de contrats essayent de faire en sorte que l'écart entre la formulation du contrat par les parties et la lecture qu'en fera le juge coûte le moins cher possible aux cocontractants. Autant dire que les parties s'efforcent de réduire le pouvoir du juge et de renforcer leur propre maîtrise sur les termes du contrat (v. sur l'ensemble de cette question la thèse, très révélatrice, de M. Lamoureux, "L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible *imperium* des contractants", 2 vol. PUAM 2006, préf. J. Mestre). Une illustration bien connue de stratégie de réduction des coûts de distorsion est la clause dite "d'intégralité", par laquelle les parties excluent tout autre contenu obligationnel que celui d'un document contractuel de référence, étanche à toute considération extrinsèque et censé contenir l'intégralité de leur accord. La question est de savoir si le juge se tiendra pour lié par cette présomption de complétude du contrat, au moins dans le cas d'une clause excluant nettement son intervention. La jurisprudence américaine semble plutôt favorable à cette thèse même si elle varie d'une cour à l'autre. L'efficacité de la clause est moins assurée en droit français où l'art. 1135 C. civ. rattache à la force obligatoire les suites du contrat que "l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature" (v. Ph. Jacques, "Regards sur l'article 1135 du Code civil", *Dalloz* 2005, préf. F. Chabas, spéc. n° 431 et s.). La clause d'intégralité inviterait au moins le juge à modérer sa recherche des suites équitables du contrat (en ce sens M. Lamoureux, "La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain", *RLDC*, févr. 2007, p. 75 et s., spéc. p. 80-81, n° 13).

20. Les cocontractants prennent en effet un risque calculé à porter au contentieux un contrat que le juge pourrait trouver incomplet alors même qu'ils auraient déclaré le contraire. Ils peuvent combiner plusieurs techniques visant à réduire la marge d'appréciation du juge, par exemple en donnant des définitions ou des méthodes d'interprétation des termes de leur contrat ou en stipulant une clause attributive de juridiction ou une clause compromissaire conduisant le litige devant un tribunal étatique ou arbitral qu'ils savent peu interventionniste... En d'autres termes, si le risque zéro de distorsion entre la formulation du contrat par les parties et son appréciation par le juge n'existe vraisemblablement pas, des possibilités de réduction significative des risques de distorsion existent.

21. Du reste c'est généralement, voire toujours, l'une des parties qui, hier sans doute d'accord pour tenir le juge à l'écart, spéculait aujourd'hui devant lui sur les chances d'obtenir une interprétation du contrat qui tourne à son avantage. Les risques d'arbitraire judiciaire sont, en cette matière, souvent, voire le plus souvent, courus consciemment par l'une des parties ou son conseil, selon le mot que nous avons un jour entendu de la bouche d'un avocat expérimenté : "il ne faut pas priver

son client d'une chance d'erreur judiciaire en sa faveur". L'un des buts du droit est alors de limiter les comportements stratégiques ou opportunistes (sur la quasi-synonymie de ces termes, v. Mackaay et Rousseau, n° 1358, p. 379). Le moyen le plus simple est de faire peser sur chaque plaideur le risque de perte du procès lié aux fondements juridiques qu'il invoque. Ainsi, en droit français, le juge n'est, en principe, pas obligé de changer le fondement juridique des demandes (Cass. ass. plén. 21 déc. 2007, *JCP G*, 2008, II, 10006 note L. Weiller). Le juge n'a pas à être un "juge-providence" (selon le mot de L. Weiller, note préc.) ce qui satisfait, on l'espère, à la fois l'analyse économique du contrat et celle du procès.

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DES VICES DU CONSENTEMENT : UNE NOUVELLE VISION D'UNE THÉORIE CLASSIQUE

Par

Frédéric Rouvière
Professeur à l'Université de Franche-Comté

1. La théorie des vices du consentement à l'épreuve de l'analyse économique – L'ouvrage des Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau sur l'analyse économique du droit¹ invite à poser un nouveau regard sur des théories censées être trop bien connues pour être discutées : la théorie des vices du consentement compte parmi celles-ci. Habituellement fondée sur le concept de volonté, la théorie des vices du consentement peine néanmoins à trouver par cette voie une cohérence satisfaisante dans les solutions jurisprudentielles. Aussi, l'hypothèse qui sera examinée ici est que les solutions dégagées par les juges peuvent être expliquées autrement ; l'analyse économique du droit en fournit l'occasion et même les outils. Dès lors, c'est la reconfiguration de la théorie actuelle, sa reconstruction à partir d'un concept économique qui va retenir l'attention. C'est en cela que l'idée de "nouvelle vision" prend tout son sens, car, étymologiquement, la théorie est pour les grecs "la vision d'un spectacle, mais aussi l'étude, la contemplation, la recherche de la vérité"².

Le point de vue ici développé se veut complémentaire de celui adopté dans l'ouvrage des Professeurs Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau qui insiste sur les justifications économiques déjà existantes pour la théorie actuelle des vices du consentement. Il s'agit alors de prolonger cette approche de renouvellement des justifications de la théorie des vices du consentement.

2. Les justifications économiques de la théorie des vices du consentement – Les justifications économiques à la théorie des vices du consentement ne manquent pas. Plusieurs théories ou théorèmes économiques peuvent être cités pour conforter la nécessité des vices du consentement. L'erreur, le dol ou la violence permettent de s'assurer, au moins en partie, que le contrat constituera bien un gain de Pareto, c'est-à-dire une amélioration de la situation des cocontractants au regard de leur position antérieure³. Chacun peut en effet légitimement attendre que le contrat lui procure, au sens économique, un avantage. Or un contrat conclu par erreur ou sous l'empire de la violence ou du dol ne peut pleinement satisfaire le contractant.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, les vices du consentement ont même une portée plus large. La théorie des vices du consentement participe aussi du rôle général du droit des contrats qui peut être esquissé par le test de

¹ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 2008, cité dans les notes suivantes par l'abréviation AED.

² Ch. Atias, *Théorie contre arbitraire*, PUF, Les voies du droit, 1987, n° 11, p. 30.

³ AED, n° 434 : le gain de Pareto est "une avance par rapport à la situation antérieure".

Wittman⁴. Ainsi, la possibilité de revenir sur un accord déjà conclu, en un mot d'en demander l'annulation, permet de minimiser les coûts dans la formulation du contrat. Peu importe si les parties n'ont pas tout prévu, n'ont pas tout négocié voire ont mal rédigé l'écrit contractuel : elles ont encore une porte de sortie en demandant l'annulation. Tel est le test de Wittman : proposer une solution (les vices du consentement) qui soit moins coûteuse que le problème (l'imperfection naturelle de toute convention⁵).

Cette première approche laisse entrevoir que la volonté n'est pas nécessairement l'essence de la théorie des vices du consentement. Mieux : les justifications économiques ne portent pas sur la configuration actuelle de la théorie des vices du consentement mais sur ses conséquences, à savoir la possibilité de demander l'annulation du contrat. C'est la question de savoir comment fonder l'annulation qui revient au premier plan. La réponse, soit la preuve à apporter devant le juge, dépend du concept qui se trouve au fondement de la théorie. Dans cette perspective, faut-il alors troquer le fondement mythique de l'autonomie de la volonté, fondement volontariste, voire spiritualiste (on n'ose dire idéaliste) de la théorie des vices du consentement pour un fondement plus matériel et pragmatique (et pour tout dire réaliste) de l'analyse économique du droit?

3. Fondement volontariste vs fondement économique – Entre l'idéalisme et le réalisme, entre la volonté et l'économique, il faut choisir. Et le dilemme est plus profond qu'il n'y paraît à première vue.

En effet, de deux choses l'une :

ou bien la théorie des vices du consentement a un fondement volontariste. En ce cas pourquoi lui substituer un fondement économique ? Les solutions ne sont-elles pas déjà justifiées par les règles existantes, par une théorie, c'est-à-dire un corps de concepts cohérents ? Quel est l'apport véritable de l'analyse économique ? Est-ce une aide à la décision du juge ou une justification de plus parmi d'autres ?

ou bien la théorie des vices du consentement a un fondement économique et en ce cas pourquoi parler de vices du consentements ? Cette théorie a justement été construite par la doctrine à partir d'une interprétation volontariste des dispositions du Code civil et non à partir d'une analyse économique ! L'incompatibilité paraît manifeste.

Le dilemme est alors le suivant : l'analyse économique des vices du consentement est, au mieux inutile, au pire incompatible avec la théorie actuelle. Autant le dire nettement : si l'analyse économique apporte de meilleures justifications des solutions retenues par les tribunaux pourquoi ne pas franchir le pas et évincer purement et simplement l'analyse volontariste ?

Le caractère radical du remède, c'est-à-dire la substitution de l'analyse économique à celle volontariste, s'explique par l'impossibilité de conserver en même temps ces deux explications en l'état. Autrement dit, l'analyse économique du droit conduit à rendre conscient le choix d'une méthode.

4. La méthode de définition : analyse vs synthèse – Cette approche à partir du fondement de la théorie pose une question de méthode : comment définir ? Si le fondement décide de la formulation de la théorie des vices du consentement, l'incompatibilité d'un fondement économique et d'un fondement volontariste

⁴ AED, n° 1333 : "L'objectif du droit des contrats est de "minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets".

⁵ E. Putman, "L'introuvable contrat complet", *cette revue*.

s'accentue davantage. Le fondement est-il alors point de départ ou point d'arrivée dans l'élaboration de la théorie : la méthode doit-elle être synthétique ou analytique ?

La méthode synthétique privilégie le simple pour aller vers le complexe, à savoir partir d'un concept, comme celui de volonté, pour unifier la diversité des qualifications (dol, erreur, violence). La définition des concepts sous-jacents sera déduite du concept primaire : chaque qualification sera définie en contemplation du concept de consentement, expression de la volonté. La synthèse se donne un point de départ.

La méthode analytique suit le mouvement inverse : elle remonte de la définition au fondement en procédant par décomposition et dissociation d'un tout. C'est bien ce que l'*analyse* économique du droit propose : retrouver un fondement économique en partant des définitions et règles déjà établies.

Pourtant, aucune de ces deux approches méthodologiques n'est pleinement satisfaisante.

D'une part, la méthode synthétique qui déduit les définitions d'un fondement premier peut passer pour arbitraire. S'il faut choisir *a priori* un fondement, rien ne prédispose à privilégier la volonté ou même tout autre élément. Le choix de l'analyse économique sera un parti pris qui n'aura d'autre justification que l'intention de procéder ensuite à une analyse économique des règles. Bref, l'analyse est en réalité guidée par le choix préalable d'une idée pour la synthèse. Pour analyser économiquement le droit, il faut d'abord choisir une théorie économique : pour évidente que soit la proposition, elle demeure méthodologiquement problématique.

D'autre part, la méthode analytique, en procédant à une recherche du fondement à partir des définitions existantes, aboutit à priver le droit d'une justification propre. La justification du droit sera toujours en dernière instance de nature économique car la méthode ne sera pas proprement juridique. Aussi, il n'y aura plus de distinction entre science économique et science du droit : le droit ne serait plus qu'un aspect des relations économiques.

5. L'impossible théorie économique des vices du consentement ? – Les contraintes méthodologiques semblent conduire au paradoxe qu'une théorie économique des vices du consentement est impossible sans être arbitraire ou hégémonique. Bien entendu, il ne s'agit pas de soutenir que l'on ne puisse faire une analyse économique des règles juridiques telles qu'elles existent déjà : tout peut être analysé du point de vue économique, le droit ou même les relations amoureuses⁶. Toutefois, ce point de vue demeure extérieur au droit ou à la relation amoureuse et reste une sous-distinction de la science économique. Il s'agit ici de soutenir que pour analyser à la fois d'un point de vue juridique interne et d'un point de vue économique, il faut intégrer l'analyse économique non pas à la fin mais dès le début, c'est-à-dire dès la création de la théorie. Autrement dit, pour que l'analyse économique soit une sous-distinction de la science du droit (et non l'inverse) il faudrait que les considérations économiques soient intégrées dès la construction des concepts de dol, d'erreur ou de violence. C'est une voie médiane entre la synthèse et l'analyse. L'approche est synthétique car il faut emprunter à la science économique l'un de ses concepts. L'approche est en outre analytique car il faudra partir des données jurisprudentielles et légales pour tenter de remonter à ce concept économique premier. Enfin, l'approche est interne car aucune théorie ou théorème

⁶ Sharon S. Brehm, "Les relations intimes" in S. Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, PUF, 1984, p.169: "[...] notre association à autrui est déterminée par les mêmes principes que ceux qui régissent le marché en économie : des récompenses, des coûts, des solutions de rechange".

économique ne sera utilisé pour la redéfinition. La seule part d'arbitraire porte sur le choix du concept qui va permettre de redéfinir les notions relevant de la théorie des vices du consentement, sans quoi toute nouvelle vision serait impossible. Bref, il faut qu'un concept économique soit à la base de l'élaboration de la théorie des vices du consentement, tout comme la volonté est un concept qui a été à la base de la théorie des vices du consentement telle qu'elle existe aujourd'hui.

6. La redéfinition des notions d'erreur, de dol, de violence à partir du concept économique d'information – Ce projet de redéfinition pourrait être mené à partir d'un concept très présent dans le discours économique : le concept d'information. En effet, l'analyse économique le considère comme central dans l'approche du contrat : l'asymétrie de l'information est une donnée initiale qui limite la liberté contractuelle. De là découle en partie l'inévitable imperfection du contrat que le législateur ou les juges cherchent à pallier par les différentes obligations d'informations créées à la charge des professionnels. L'information est, économiquement, source de confiance et donc de bonne foi dans la relation contractuelle.

Cette entreprise de redéfinition va inévitablement concurrencer les définitions actuelles. Autrement dit, la divergence sera visible. La justification du point de vue économique sera étayée à partir de la jurisprudence : laquelle de ces deux analyses semble fournir une explication plus satisfaisante, plus cohérente ? Ce n'est qu'après avoir envisagé les divergences entre les deux approches qu'il sera possible de vraiment apprécier si une certaine compatibilité peut exister car la tradition juridique est trop riche pour avoir oublié d'intégrer ce qui porte aujourd'hui le nom d'analyse économique. Aussi, la divergence relative des deux approches (I) conduit à une nouvelle articulation entre le concept de volonté et le concept économique d'information (II) dans la théorie des vices du consentement.

I. Divergence des approches volontariste et économique

7. Le concept économique d'information – Le concept économique d'information marque une rupture avec le concept de volonté. Pour l'analyse économique l'information est "l'ingrédient essentiel de notre pensée, de nos décisions"⁷. Et si le cocontractant décide en raison d'informations erronées, l'opération contractuelle ne pourra constituer un gain de Pareto, une amélioration de sa situation antérieure⁸. Idéalement le contrat devrait être parfait c'est-à-dire que toutes les éventualités devraient avoir été prévues par les parties. Ce serait le cas d'une information totale et complète⁹. Concrètement ces exigences se manifestent en droit positif sous plusieurs formes : les parties veulent des informations sur l'autre partie : est-elle honnête ? Est-elle fiable ? Les parties veulent également connaître l'objet de la transaction : quel est le type de produit ? Sa qualité ? etc¹⁰. Fréquemment, l'information sera présente sous forme de publicité¹¹. Toute ceci explique que l'une des parties détient souvent "des informations dont l'autre aurait besoin pour conclure le contrat sans erreur"¹².

⁷ AED, n° 983.

⁸ AED, n° 1322.

⁹ AED, n° 1348.

¹⁰ AED, n° 1384.

¹¹ AED, n° 1391.

¹² AED, n° 1398.

8. **L'information, paradigme de l'erreur et du dol** – L'ignorance sur les caractéristiques de l'opération contractuelle n'est pas psychologique comme voudrait le faire croire la théorie actuelle des vices du consentement. Elle n'est pas une fausse représentation de la réalité qui nécessite une recherche psychologique. Pour s'en convaincre il suffit de poser cette question : quelle preuve pourrait-on apporter devant le juge d'un fait de nature psychologique ? Si la notion d'erreur était purement psychologique, comment la Cour de cassation pourrait-elle en contrôler la qualification ? La preuve peut n'être qu'indirecte. Autant alors dire que le concept d'erreur correspond à cette preuve indirecte et non à une volonté inconnaissable directement.

D'après une analyse économique, la définition suivante pourrait être donnée : l'erreur est une information incomplète sur l'objet du contrat, c'est-à-dire sur l'opération projetée. Qu'apporte cette définition ? D'abord, il faudra convaincre le juge d'une lacune : la connaissance de l'obstacle à la délivrance du permis de construire, la connaissance de l'authenticité de l'œuvre d'art faisait défaut. Ensuite viendra l'interrogation centrale : pourquoi l'information est incomplète dans le contrat ? Il n'y a guère que trois possibilités qui forment autant de catégories :

1^{ère} catégorie : le contractant victime de l'erreur ne s'est pas suffisamment renseigné. On retrouve ici le refus en jurisprudence d'annuler la convention pour une erreur inexcusable, lorsque l'information était aisément accessible.

2^{ème} catégorie : l'autre partie a empêché que le contractant puisse se renseigner par le silence ou la dissimulation. On retrouve alors la définition du dol dans la loi, "les manœuvres sans lesquelles l'autre partie n'aurait pas contracté"¹³.

3^{ème} catégorie : l'objet ne porte pas en lui-même l'information pertinente : c'est l'erreur cause d'annulation de l'article 1110 du Code civil, l'exemple des chandeliers en cuivre argenté et non en argent, l'exemple du tableau inauthentique qui passe pour une œuvre de maître.

Ces trois catégories semblent bien proches de la théorie actuelle des vices du consentement. Pourtant, elles témoignent bel et bien d'une rupture. L'appréciation judiciaire ne portera pas sur une volonté mais sur l'objet du contrat : l'information à son égard devra avoir été lacunaire, incomplète. Autrement dit, l'erreur n'est plus rattachée au consentement mais à l'objet du contrat. Il est possible de parler au sens propre d'une analyse objective, littéralement qui porte sur l'objet du contrat au lieu d'une analyse subjective qui porterait sur le sujet et donc la volonté de la partie qui a contracté. Pour mettre à l'épreuve ces trois nouvelles catégories, il reste à savoir si elles sont pertinentes pour l'explication des solutions jurisprudentielles.

9. **L'information au cœur de l'appréciation judiciaire** – L'information pourrait bien être au cœur de l'appréciation judiciaire, bien plus que la théorie volontariste des vices du consentement ne le laisse présager. La volonté semble ainsi reléguée à un rôle inexistant ou secondaire : la divergence des approches se creuse davantage.

Certaines questions emblématiques peuvent être retenues sans prétention à une exhaustivité par ailleurs souvent illusoire et peu commode à l'usage.

D'abord, une question classique : l'erreur doit-elle être commune aux deux parties (sachant que les auteurs précisent bien qu'il ne s'agit pas de savoir si chaque partie s'est trompée)¹⁴ ? Faut-il que le vendeur ait su que l'acheteur recherchait un meuble authentique par exemple ? Du point de vue volontariste, cette exigence est difficilement tenable : l'état d'esprit du vendeur n'a rien à voir avec celui de

¹³ Art. 1116 du Code civil.

¹⁴ J. Ghestin, note *JCP* 1971, II, 16916 : l'erreur doit porter sur une "qualité convenue".

l'acheteur. Au fond, la doctrine concède que c'est pour des raisons morales que l'annulation est encourue : le vendeur ne doit supporter le risque d'annulation que s'il connaissait l'intention de l'acheteur. Une fois de plus, l'argument de la sécurité juridique est mis en avant. Du point de vue économique, tout s'éclaire : de quelle catégorie parle-t-on ? Si le vendeur sait que le meuble est authentique mais que l'acheteur ne pose pas la question, nous sommes dans la première catégorie : l'acheteur aurait dû être curieux. Son erreur est inexcusable : s'il cherchait un meuble authentique, telle était la première question à soumettre au vendeur ! En revanche, si le vendeur ne sait pas que le meuble est authentique et que l'examen de la chose ne permet pas de le savoir au premier coup d'œil alors l'erreur est commune. Non pas que les deux parties se sont trompées mais l'origine de l'information incomplète est l'objet du contrat lui-même. L'objet ne porte pas en lui-même l'information pertinente et à strictement parler ce qui est commun aux deux parties c'est une relative ignorance.

Ensuite, une question plus récente : la comparaison de l'erreur et du dol. Selon la Cour de cassation, la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée. C'est un arrêt rendu en 2001 à propos de la cession d'un hôtel où le vendeur avait gardé le silence sur l'interdiction d'exploitation¹⁵. Du point de vue de la théorie classique de vices du consentement une confusion des régimes s'opère : le dol est défini comme une erreur provoquée alors même que l'erreur inexcusable ne permet pas au juge de prononcer l'annulation : faut-il faire prévaloir le dol (les manœuvres) sur l'erreur ? La cour répond affirmativement : le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée. Mais alors, est-ce encore un vice du consentement si l'annulation trouve sa raison d'être dans la punition d'une partie en raison de l'usage d'un procédé déloyal ? Le problème est très embarrassant pour la théorie classique des vices du consentement. Du point de vue de l'analyse économique, le problème est réglé à la source : la Cour de cassation a simplement rappelé que l'origine de l'erreur ne peut être en même temps la carence à se renseigner (l'erreur inexcusable, la 1^{ère} catégorie) et la dissimulation de l'information (la 2^{ème} catégorie). Il faut ranger le cas sous l'une des deux catégories. Autrement dit, le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée, non en fait, mais en droit car il y a incompatibilité conceptuelle entre l'erreur inexcusable et le dol. Ou bien le cocontractant se trompe en raison de sa propre carence ou bien c'est l'autre partie qui l'a trompé. Au fond, on redécouvre sous une autre forme l'idée que le dol est une erreur provoquée, c'est-à-dire que l'erreur (l'information incomplète) trouve sa source dans les manœuvres du cocontractant. En effet, si le dol est une déformation ou une rétention délibérée de l'information, il est difficile de reprocher à la victime de l'erreur de n'avoir pas pu accéder à cette information indisponible par hypothèse et par définition.

Un parallèle peut d'ailleurs être effectué avec l'arrêt *Baldus*¹⁶. Pourquoi la Cour a-t-elle dit qu'aucune obligation d'information ne pèse sur l'acheteur de ces fameuses photographies de grand prix achetées bon marché à un vendeur qui en ignorait la valeur ? Parce qu'écarter toute obligation précontractuelle d'information permet priver de fondement le dol. Pour autant, l'information n'était pas complète car la valeur réelle des photographies était inconnue du vendeur. Toutefois, le vendeur pouvait facilement se renseigner et son erreur a pu apparaître inexcusable

¹⁵ Civ. 3^{ème} 21 février 2001, *Bull.* III, n° 20, *D.* 2001, p. 2702, note Mazeaud ; *JCP* 2002, II, 10027, note Jamin ; *JCP E* 2002, p. 764, note Chauvel ; *Defrénois* 2001, p. 703, note Libchaber, *RTD civ.* 2001, p. 353 obs. Mestre et Fages.

¹⁶ Civ. 1^{ère} 3 mai 2000, *Bull.* I, n° 131, *JCP* 2001, II, 10510, note Jamin ; *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. Mazeaud et p. 1114, obs. Delbecq ; *CCC* 2000, n° 40, obs. Leveneur, *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. Mestre et Fages.

aux yeux des juges. Comme le dol est conceptuellement incompatible avec l'erreur inexcusable il fallait bien trouver une manière de dire qu'il n'y avait pas dol sans se fonder sur la notion d'erreur inexcusable. C'est ce que les juges ont fait mais la formule était loin d'être heureuse comme la doctrine n'a pas manqué de le souligner. Sans doute était-il plus simple de procéder à une requalification : le déficit d'information n'était pas dû à des manœuvres (dol) mais à une simple carence du vendeur (erreur) qui était en l'espèce inexcusable.

Le raisonnement se prolonge avec l'arrêt *Poussin*, relatif à la vente d'un tableau par un vendeur qui ignorait son authenticité ; arrêt trop célèbre pour être présenté en détails¹⁷. Il a fallu une épopée judiciaire de plus de 15 ans pour décider que le vendeur pouvait alléguer l'erreur en se fondant sur des éléments postérieurs à la vente, en l'espèce l'attribution par le Musée du Louvre du tableau au peintre Poussin. La solution est curieuse pour la théorie des vices du consentement : comment une erreur peut-elle avoir eu lieu psychologiquement après la vente, c'est-à-dire après l'expression du consentement ? Une fois encore le problème s'évanouit au contact de l'analyse économique : pourquoi l'information était-elle incomplète ? Ni en raison d'une erreur inexcusable du vendeur, ni en raison d'un dol de l'acheteur. C'était l'objet lui-même qui véhiculait une information incertaine et donc incomplète : le tableau était-il authentique ou non ? Seul un expert, soit une source d'information extérieure à l'objet et aux parties pouvait le dire. L'incomplétude de l'information conduit alors à l'annulation car l'analyse n'est pas psychologique : ce qui importe est moins le moment psychologique de l'erreur que la preuve de l'information incomplète au jour de la formation du contrat.

Un rapide tour d'horizon de la jurisprudence relative à l'erreur conforte cette conviction. Les annulations prononcées par le juge à la suite d'erreur sont fondées sur des caractéristiques immatérielles de la chose objet du contrat : la constructibilité d'un terrain¹⁸, la question de l'authenticité des œuvres d'art¹⁹, la croyance erronée en l'existence d'un droit de préemption²⁰ (identifiée comme erreur de droit). Autrement dit, les informations précitées ne peuvent être découvertes par le seul examen de la chose. C'est la chose elle-même qui est source d'erreur car elle ne véhicule pas explicitement les informations dont l'acheteur a besoin pour se décider. Ceci confirme bien le sens de la troisième catégorie dégagée : l'objet du contrat ne porte pas en lui-même l'information pertinente.

10. La violence, seul véritable vice du consentement ? – Reste à évoquer la violence pour que le triptyque des vices du consentement soit complet. À la différence de l'erreur ou dol, la violence ne peut être analysée comme une information incomplète. C'est plutôt l'inverse qui est vrai : celui qui contracte sous l'empire d'une contrainte est pleinement conscient, c'est-à-dire pleinement informé qu'il prend une décision qui va contre son intérêt²¹. La notion de violence permet d'empêcher les comportements opportunistes où une partie profite, pire exploite, la dépendance économique d'une personne par exemple²². Autrement dit, la liberté de contracter est atteinte, ce qui est plus grave qu'une information incomplète. De là découle la conclusion suivante : au sens économique du terme, seule la violence peut être appelée "vice du consentement" car elle exerce une pression sur la décision

¹⁷ Civ. 1^{ère} 22 février 1978, *Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, Dalloz, t. 2, 12^{ème} éd., n° 147-148.

¹⁸ Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1983, *JCP N* 1983, II, 289, note Bouyssou.

¹⁹ Civ. 1^{ère} 2 juin 1981, *Bull.* I, n° 181 : statue chinoise présentée à tort comme datant de l'époque Tang.

²⁰ Civ. 3^{ème} 5 juillet 1995, *Bull.* III, n° 174.

²¹ C. Atias, *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 4^{ème} éd., 2008, n° 286, p. 244 : "Celui qui s'engage agit alors en toute connaissance de cause contre son intérêt".

²² Civ. 1^{ère} 30 mai 2000, *Bull.* I, n° 169.

même de s'engager, sur la liberté même de contracter ou de ne pas contracter. L'appréciation pourrait alors en ce cas être psychologique, c'est-à-dire porter sur les éléments qui ont pu peser sur la prise de décision du contractant.

Ce constat amène alors à relativiser l'approche purement économique, c'est-à-dire qui pourrait évincer jusqu'au concept de volonté pour expliquer les vices du consentement. L'analyse économique appelle non pas un choix du tout ou rien mais une nouvelle articulation entre l'approche volontariste et celle proprement économique.

II. Articulation des approches volontariste et économique

11. La place de la volonté dans la théorie des vices du consentement –

L'approche économique permet de rechercher la juste place de la volonté dans la théorie des vices du consentement. Cette réflexion sera seulement esquissée car pour être menée sérieusement elle demanderait un travail historique important, à la fois rétrospectif et critique.

La tradition a légué aux juristes une formule qui frappe l'esprit : le consentement doit être libre et éclairé. La doctrine enseigne qu'il faut comprendre la formule comme signifiant "exempt de vices". Pourtant, cette distinction pourrait bien correspondre à celle qui vient d'être effectuée. Un consentement libre est un consentement donné sans violence. Un consentement éclairé est un consentement donné en connaissance de cause, c'est-à-dire avec une information complète et non pas lacunaire. La formule invite donc à un réalisme qui a une résonance étonnamment moderne. On le voit, le concept de volonté résiste : il faut lui faire une place. Serait-ce par simple révérence courtoise et polie envers la tradition ?

La réalité est plus nuancée : les formules trop simples pour être vraies cachent parfois des vérités profondes. Économiquement, l'information incomplète interdit une juste décision et l'on renoue naturellement avec l'idée de vice du consentement. La différence majeure est que le vice du consentement est une conséquence de l'information lacunaire et non sa cause. La volonté n'est plus à l'origine mais à la fin, la volonté n'est plus le fondement mais le point d'arrivée du raisonnement. C'est l'information incomplète qui fait supposer, en elle-même, que le consentement a été vicié. Il serait alors plus juste de dire que c'est le contrat qui est vicié à la base et non le consentement. Bien que l'expression puisse paraître incorrecte, elle est présente sous la plume de Pothier qui, dans son *Traité des obligations*, use de l'expression à répétition. Le paragraphe sur l'erreur commence ainsi : "L'erreur est le plus grand vice des conventions [...] il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de la convention"²³. D'emblée, l'objet est bien posé comme prépondérant dans l'analyse, le consentement n'intervient qu'en second rang. Et c'est encore Pothier qui n'utilisera pas du terme de violence mais seulement de celui de "défaut de liberté"²⁴ et il faut bien avouer que la terminologie est parfaitement semblable à celle adoptée à la suite d'une analyse économique. Une fois de plus le consentement n'est pas cause mais effet : c'est l'absence de liberté qui conduit au vice du consentement et non l'inverse. Au fond, la théorie moderne des vices du consentement pourrait bien avoir placé la charrue avant les bœufs et avoir fait d'un résultat à prouver en fait le fondement d'une théorie en droit. Bien entendu, le fait et le droit ne sont pas la même chose et l'on est passé d'une volonté concrète à l'autonomie de la volonté, cette volonté pure de tout fait.

²³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, tome 1, Paris, Siffrein, 1821, p. 92, n° 17.

²⁴ R.-J. Pothier, précité, p. 96, n° 21.

Dans la même veine, il est piquant de constater la troublante actualité de Domat qui dans son ouvrage majeur, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, expose qu’“on appelle vice de conventions [sic] ce qui blesse leur nature et leurs caractères essentiels. Ainsi, c’est un caractère essentiel à toute sorte de conventions, que ceux qui les font aient assez de raison et de connaissance de ce qu’il faut savoir pour former l’engagement où ils doivent entrer”²⁵. Domat poursuit en expliquant qu’il y a bien “vice dans une convention”²⁶ si le contractant a manqué de connaissance. On retrouve ici la dialectique entre information (pour Domat : connaissance, savoir) et volonté. Si l’auteur lui-même relie la notion de violence à celle de liberté²⁷, il en traite malgré tout sous le même intitulé de “vices des conventions” ne mentionnant nullement la terminologie de “vice du consentement”. Pourtant cette dernière expression paraît plus justifiée pour ce qui relève de la violence car elle vise justement la liberté et par là même la volonté.

12. La violence et la volonté – Au sens de l’approche économique, seule la violence peut être dite “vice du consentement”. En effet, si la décision repose sur une information complète, c’est donc bien la volonté qui est atteinte et non l’information²⁸. Cette idée trouve d’ailleurs une résonance inattendue au regard des travaux préparatoires du Code civil. La question de la violence est même, parmi les vices du consentement, la seule qui est évoquée dans les travaux préparatoires du Code civil : rien sur l’erreur ou le dol, adoptés sans discussion. Les rédacteurs doivent affronter pour la violence la même question qui se posait en droit romain et pour les glossateurs du 12 et 13^{ème} siècle²⁹ : comment expliquer que le consentement puisse rester valable s’il a été extorqué par violence³⁰ ? Autrement dit pourquoi la nullité est à la fois relative et facultative si le consentement est une condition essentielle de la convention ? La réponse n’a guère variée depuis le droit romain : le consentement reste tout de même un consentement même donné sous l’empire de la violence. Toutefois, la place excessive faite à l’aspect volontariste conduit à une position étrange : la violence est un vice du consentement mais le contrat reste valable tant que la nullité n’est pas demandée et prononcée : autrement dit, le consentement est à la fois valable et entaché d’un vice pouvant conduire à l’annulation du contrat. L’approche économique par le concept d’information permet de répondre autrement : le consentement est bien valable car l’information est complète, paradoxalement plus complète que dans le cas de l’erreur ou du dol. Seulement, ce qui est sanctionné est l’atteinte à la liberté de contracter, autrement dit le comportement opportuniste de l’autre partie. C’est alors la liberté qui est viciée et non le consentement. C’est la liberté de vouloir qui est atteinte et un vocabulaire pointilleux conduirait à parler de vice de la volonté. En d’autres termes, même la violence, seul “vice du consentement” au sens économique³¹ serait susceptible d’une reformulation comme “vice de la volonté”, c’est-à-dire vice de la liberté de contracter ou ne pas contracter. La comparaison avec le droit romain est éclairante : la violence

²⁵ J. Rémy, *Œuvres complètes de J. Domat*, Paris, Alex Gobelet Libraire, 1835, tome I, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, titre XVIII. “Des vices des conventions”, p. 380.

²⁶ *Œuvres complètes de J. Domat*, précité, p. 380.

²⁷ *Œuvres complètes de J. Domat*, précité, p. 380.

²⁸ V. *supra*, n° 10.

²⁹ A. Dumas, *Histoire des obligations*, Aix-en-Provence, cours dactylographié, p. 148 : “Dans cette doctrine, le contrat entaché de violence ou de dol restait valable, car la partie avait donné un vrai consentement”.

³⁰ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome 13, Paris, Videocoq, 1836, p. 46 : “M. Segur pense qu’il est dangereux de supposer dans la loi que la violence n’annule [...] pas toujours le consentement”.

³¹ V. *supra* n° 10.

ne vicie pas le consentement, ni même le dol. Violence (*metus*) et dol (*dolus*) étaient considérés comme des délits civils³². Enfin, l'erreur excluait le consentement purement et simplement : il n'y avait pas même rencontre des volontés, l'erreur évinçait le consentement à sa source. Finalement, en droit romain, les vices du consentement étaient ou bien des délits ou bien une absence de consentement³³. Au regard de telles définitions, on se demande comment la volonté a pu venir occuper le devant de la scène dans les siècles qui ont suivi.

De très nombreuses pistes pourraient être explorées, notamment l'influence décisive de la notion d'autonomie de la volonté ou le regroupement par les rédacteurs du Code civil des "vices" sous une seule section : "du consentement", autant d'éléments qui incitent vraisemblablement à unifier les trois cas autour de l'idée générale de consentement ou volonté. Dans la perspective présente, une autre voie est à suggérer : la volonté détermine en fait la teneur et l'ampleur de l'information, si bien qu'elle a peut-être éclipsé ce concept économique plus fondamental. Dans une espèce de fascination pour les sources ou l'origine de l'information disponible, il est tentant de souligner l'influence de la volonté sur l'information.

13. L'influence de la volonté sur l'information – L'articulation entre l'approche volontariste et économique se dessine dans les arrêts les plus récents, qui pointent l'influence de la volonté sur l'information. Depuis 2001, à la suite des affaires de défiscalisation où des acquéreurs achetaient des appartements pour diminuer leurs impôts, la Cour de cassation a rendu des arrêts avec une motivation semblable³⁴. La déception de l'acquéreur qui n'a pu bénéficier de la réduction d'impôts escomptée n'est pas, selon les juges, une erreur qui entraîne l'annulation mais une erreur sur les motifs, une erreur indifférente. En 2003, dans le même type d'affaire, le vendeur professionnel avait même informé l'acheteur de la défiscalisation au moyen de documents publicitaires³⁵. Dans chaque cas, la Cour de cassation répond que le motif n'était pas entré dans le champ contractuel : il fallait manifester une volonté supplémentaire, ériger la défiscalisation en "condition" de l'accord ou en tant que "stipulation expresse" d'après les termes de la Cour. Selon l'approche volontariste cette justification est peu probante : le motif est la racine même de ce qui fait consentir. Autrement dit, sans motif mon consentement est même inexistant car immotivé et sans fondement. L'homme raisonnable ne s'engage pas sans raison. Carbonnier prend l'exemple d'une personne qui donne ses biens au regard du motif erroné de la mort de son fils unique à la guerre : la découverte de son erreur lui permet-elle de demander l'annulation ? La réponse semble positive car c'est un élément faux qui donne naissance au consentement³⁶.

L'approche économique permet de penser une articulation toute différente. L'acheteur pensait défiscaliser et ce n'est pas faute de s'être renseigné. Mais pour les juges, si le motif n'est pas entré dans le champ contractuel cela veut dire que l'information sur la défiscalisation n'était pas entrée dans l'objet, ne faisait pas

³² Par ex. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, Thémis, 22ème éd., n° 45, p. 105.

³³ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, pp. 508-521.

³⁴ Selon ces arrêts, l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci n'est pas cause de nullité de la convention même si le motif a été déterminant. Civ. 1^{ère} 13 février 2001, *Bull.* I, n° 31, *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. Mestre et Fages ; *JCP* 2001, I, 330, n° 5, obs. Rochefeld et Civ. 3^{ème} 24 avril 2003, *Bull.* III, n° 82, *D.* 2004, p. 450, note Chassagnard, *JCP* 2003, II, 10135, note Wintgen, *Dr. et patr.* Sept. 2003, p. 116, note Chauvel ; *RDC* 2003, p. 42, obs. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, p. 699, obs. Mestre et Fages et p. 723, obs. Gautier.

³⁵ Civ. 3^{ème} 24 avril 2003, précité.

³⁶ Carbonnier, précité, n° 41, p. 98 : "C'est une erreur si profonde qu'on peut la considérer comme ayant détruit le consentement".

partie intégrante de l'accord contractuel. À suivre l'approche économique, l'annulation est permise: si le vendeur a manifesté sa volonté d'offrir une défiscalisation qui se révèle illusoire, le dol devrait être caractérisé. De même, si le vendeur pensait lui-même conclure avec l'acheteur une véritable opération de défiscalisation, l'information sur l'objet du contrat était alors incomplète car il manquait visiblement aux appartements une caractéristique pour bénéficier du régime fiscal favorable. C'est le cas type d'une erreur sur l'objet (la 3^{ème} catégorie).

En ce cas, pourquoi la Cour de cassation refuse alors l'annulation ? En vérité, la Cour ne semble pas vouloir admettre que les parties puissent avoir en vue une *opération de défiscalisation*, c'est-à-dire une opération contractuelle dont l'objet ne serait pas le transfert de propriété mais bien la défiscalisation en elle-même. En effet, si l'on qualifie simplement l'opération contractuelle de vente alors l'information est nécessairement complète et parfaite. Autrement dit, pour reconnaître l'imparfait (l'erreur) encore faut-il se mettre d'accord sur ce qui est parfait (l'opération projetée) ! En l'espèce, les parties n'avaient pas rédigé un écrit mentionnant la défiscalisation mais seulement une vente. Les juges semblent en tirer une conséquence sévère : l'opération contractuelle est une vente avant d'être une opération de défiscalisation, le transfert de propriété n'est pas un moyen au service de la défiscalisation, c'est bien l'objectif premier que les parties entendaient atteindre. La volonté semble prendre alors le pas sur l'information, et la théorie classique des vices du consentement prendre sa revanche sur l'analyse strictement économique. Le débat pourrait se poursuivre et s'achever avec la question de la lésion.

14. La place problématique de la lésion – Pour certains auteurs, la lésion n'est pas un vice du consentement : c'est un déséquilibre objectif, une mauvaise affaire³⁷. Cette position illustre la place problématique de la lésion que les rédacteurs du Code civil mentionnent à l'article 1118 immédiatement après l'article 1117 qui énumère l'erreur, le dol et la violence comme causes de nullité.

La lésion semble exclue de la théorie des vices du consentement car elle porte sur l'objet du contrat (déséquilibre "objectif") et non sur la volonté. L'approche économique par l'information conduit une nouvelle fois à reformuler le problème. La lésion pourrait être une information incomplète sur la valeur du bien : en ce cas, le vendeur aurait dû se renseigner, et s'il ne l'a pas fait c'est une erreur inexcusable³⁸. Le déficit d'information prend source dans le comportement du vendeur, peu prévoyant ou peu diligent. Dès lors, l'erreur sur la valeur ne devrait pas être cause de nullité car ce serait une erreur inexcusable par principe³⁹. Ainsi, il faudrait introduire une exception, précisément la notion de lésion pour permettre au vendeur de faire rescinder la convention malgré son erreur par hypothèse inexcusable.

Pourtant, cette présentation paraît torturée car elle mêle des éléments de nature différente : le vendeur qui transfère sa propriété pour une valeur très inférieure au prix du marché peut *soit* avoir une information incomplète (erreur) *soit* agir en pleine connaissance de cause malgré l'incomplétude de l'information. Dans le second cas, le vendeur est conscient de tirer un mauvais prix de son bien : sa volonté de vendre ferait supposer qu'il ne commet pas d'erreur. Pour faire simple,

³⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 3^{ème} éd., 2007, n° 519, p. 269.

³⁸ Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 80. Selon Ripert, l'erreur sur la valeur est, en soi, inexcusable.

³⁹ Ce qui n'est pas la justification habituelle pour expliquer le refus en jurisprudence d'admettre l'erreur sur la valeur. Parmi, les explications principales, les auteurs avancent que l'erreur sur la valeur ferait double emploi avec la lésion, ce qui en outre contribue à maintenir l'ambiguïté de la notion de lésion eût égard à celle de vice du consentement. Déjà en ce sens, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, tome 2, *Les obligations*, volume 1, *Les sources*, Sirey, 1962, n° 123, p. 114.

vendre à bas prix peut s'expliquer de deux façons : soit la personne est faible d'esprit (c'est un incapable au sens juridique) soit au contraire il est prêt à faire l'impasse sur un manque à gagner (pour d'autres raisons, comme le besoin d'argent). Cette présentation tire la comparaison du côté de la violence : comme dans la violence, l'information sur le bien est complète mais malgré l'aspect désavantageux de l'opération le contrat est tout de même conclu par le vendeur, conscient de l'aspect désavantageux du contrat (ce qui est exactement la situation de violence).

La leçon de ce bref aperçu sur la lésion est surprenante : la lésion ne ferait pas double emploi avec l'erreur sur la valeur car cette dernière relève de la question de savoir si l'erreur est inexcusable (1^{ère} catégorie) ou non (3^{ème} catégorie). La lésion n'est donc pas une information incomplète car si tel était le cas, elle ne serait qu'une sous-distinction de la catégorie d'erreur. De même, la lésion ne serait pas plus un vice du consentement, au sens de vice de la liberté (comme c'est le cas pour la violence) car la volonté de vendre primerait la teneur de l'information, c'est-à-dire sa complétude.

Reste que la lésion pose justement un seuil en deçà duquel l'affaire conclue est trop déséquilibrée pour être rationnelle. De ce point de vue, la lésion pourrait alors être présentée comme une limite *a priori* à la liberté de contractuelle. Cette limite ne porterait pas sur la liberté du vendeur (qui peut toujours refuser d'agir en rescision) mais bien sur la liberté de l'acheteur qui ne peut conclure de trop "bonnes affaires". En effet, l'acquéreur, dans les cas limitativement prévus par la loi, verra planer sur le contrat la menace d'une demande en rescision. La comparaison avec les incapables est dès lors suggestive : ceux qui prennent le risque de contracter avec des personnes moins aguerries en affaires pour en tirer un bénéfice doivent supporter la menace de la rescision. Une fois encore, les comportements opportunistes au sens économique (ici tirer parti de la faiblesse d'autrui) sont sanctionnés juridiquement : dans la violence, dans la lésion et dans les contrats passés avec les incapables. L'inspiration est exactement identique à celle qui innerve la théorie des vices du consentement bien que la lésion s'en détache nettement.

En définitive, ce qui pourrait permettre d'exclure la lésion du triptyque erreur, dol, violence est que la lésion n'est *ni* une information incomplète *ni* une atteinte à la liberté du vendeur. Ce sont pourtant là les deux sources possibles d'une atteinte du consentement *soit* par le biais d'une information incomplète *soit* par le biais de la volonté contrainte. Cette exclusion de la lésion fait ressortir par contraste l'unité de la théorie des vices du consentement qui est moins au fondement de la théorie que la conclusion à laquelle la théorie doit permettre de parvenir. Ce singulier renversement est à imputer à la déconstruction menée grâce au concept d'information emprunté au discours économique.

15. En guise de conclusion – Il paraît au fond malaisé de démêler avec certitude ce qui relève de l'économique, de la morale ou du juridique dans la théorie des vices du consentement. Reste que l'apport véritable de l'approche économique de la théorie des vices du consentement est de conduire à une double relativisation. Une relativisation qui porte sur le rôle de la volonté au profit du concept économique d'information, mais aussi une relativisation qui porte sur la méthode de l'analyse économique. En effet, la mise à jour du fondement de la théorie des vices du consentement (volonté ou information) ne semble pas pouvoir être séparable de la formulation de la règle souhaitable. Autrement dit, il n'y a pas de limite franche entre une analyse économique des vices du consentement et une redéfinition jugée plus cohérente des concepts d'erreur, de dol et de violence. En un mot, l'approche descriptive se mêle inexorablement à celle prescriptive, de sorte que ces deux aspects paraissent indissociables dans la formulation de la théorie des vices du

consentement. Il faut alors en tirer la conséquence méthodologique : l'approche économique n'est pas un point de vue externe et descriptif mais bien interne dans la reconstruction de la théorie. Bref, seul le point de vue des acteurs du droit semble pouvoir livrer les clés de sa compréhension, quand bien même cette investigation se ferait par le truchement de concepts économiques⁴⁰.

⁴⁰ Comp. sur ce mouvement de transfert des concepts d'une discipline à une autre : I. Stengers (dir.), *D'une science à l'autre. Des concepts nomades*, Seuil, 1987, *passim*.

II. D'AUTRES PERSPECTIVES ?

UNE “APPROCHE” ÉCONOMIQUE DE LA PROPRIÉTÉ EN DROIT PRIVÉ

Par

Jean-Louis Bergel

Professeur à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III

Si l'analyse économique du droit est “une méthode qui emprunte des concepts de l'économie pour mieux comprendre le droit”, le droit de propriété ne peut qu'en être la terre d'élection. Il est, plus que tout autre, le lieu privilégié d'une logique économique qui en inspire et en explique les règles et les transformations. Sans aucune prétention à une exploration scientifique de l'analyse économique du droit de propriété, il ne sera ici question que d'une “approche” économique de ce droit pour mettre en évidence les principaux procédés qui en permettent la valorisation économique indépendamment de ses dimensions idéologiques. Il faut se demander à cet égard si l'on peut parler, à l'époque contemporaine, de “déclin de la propriété”. En dépit des poncifs les plus répandus, cette question appelle une réponse négative. Jamais, semble-t-il, la valeur économique des biens n'a été aussi importante, même si les limitations au droit de propriété n'ont cessé de se multiplier en droit positif. Mais, comme le disait Carbonnier, “si épaisse que soit une encyclopédie médicale, on n'attrape jamais toutes les maladies à la fois”.

Bien qu'il n'existe pas de notion universelle, ni de modèle juridique unique de la propriété, celle-ci constitue, quels que soient les systèmes juridiques considérés, un droit fondamental lié à l'activité économique, qu'il s'agisse de propriété individuelle ou de propriété collective et quelles que soient les limitations dont elle fait l'objet. Schématiquement, la propriété correspond toujours à la fois à l'appropriation et à l'exploitation des biens. Mais tandis que dans certains systèmes juridiques, la propriété regroupe toutes ces prérogatives, dans d'autres, l'appropriation et l'exploitation sont réparties entre la puissance publique et les propriétaires.

Il faut donc se poser la question de l'unité ou de la pluralité de la notion de propriété. Le droit anglais n'a jamais eu de conception unitaire du droit de propriété car l'histoire y a conduit au développement séparé de la “real property” portant sur les terres et de la “personal property” qui porte sur tous les autres biens que la terre. Dans les pays d'inspiration socialiste, on distingue généralement la propriété étatique, la propriété collective et la propriété personnelle individuelle. Il en est ainsi désormais en droit chinois qui consacre l'unité du droit de propriété sur la chose, de sorte qu'un même bien ne peut pas faire l'objet de droits différents. Ce n'est pas le cas en revanche dans la plupart des droits européens et occidentaux, notamment en raison de l'importance des transactions immobilières qui génèrent souvent sur la propriété des droits concurrents. En droit français, si la propriété porte en principe à la fois sur le sol et sur les constructions qui y sont édifiées, il existe néanmoins de nombreuses hypothèses dans lesquelles certaines prérogatives du droit de propriété

sont attribuées à des tiers ou même dans lesquelles des droits de propriété différents se superposent les uns aux autres, par exemple en cas de dissociation entre le droit de tréfonds et le droit de superficie ou dans le cas de propriété de volumes. On mesure alors l'importance économique de la propriété en tant que richesse mais aussi pour la sécurité des investissements, immobiliers surtout, pour le développement des créations intellectuelles et pour garantir les financements.

La question de savoir comment la propriété peut être au service du développement économique appelle une double réponse. Cela suppose de considérer la propriété comme un droit protégé à valeur économique et comme un instrument privilégié de développement économique. Ainsi, en France, la propriété immobilière revêt pour les particuliers une grande importance économique parce qu'elle représente encore l'essentiel de la fortune de la plupart des français, parce qu'elle revêt une importance considérable dans les contrats par lesquels elle s'acquiert, se transmet et s'exerce, mais aussi en raison de son rôle d'instrument de garantie et de crédit. Par ailleurs, si, historiquement, c'est la propriété immobilière qui a d'abord prévalu, le développement économique de la fin du XIX^{ème} siècle a suscité un essor considérable de la propriété mobilière sous des formes diverses correspondant souvent à une véritable dématérialisation des biens.

Ainsi la propriété, conçue d'un point de vue économique, peut contribuer à la valorisation des droits et des biens et constituer un instrument de développement économique. Deux phénomènes juridiques semblent l'expliquer. On assiste, en effet, à la fois, à une diversification *des droits* issus de la propriété qui permet la valorisation économique des biens (I) et à une diversification *des biens* objets de propriété qui conduit à une transformation économique de la propriété (II).

I. Diversification des droits issus de la propriété et valorisation économique des biens

Le droit de propriété comporte une flexibilité qui permet de le décomposer à l'infini et de multiplier ainsi ses potentialités de valorisation économique. On peut en concevoir, à la fois, des dissociations (A) et des démembrements (B).

A. Les dissociations de la propriété

Un même bien peut faire l'objet de plusieurs propriétés temporaires successives correspondant à des propriétés spacio-temporelles. De même, un bien immobilier peut faire l'objet de dissociation entre des propriétés superposées appartenant à des titulaires différents. C'est déjà inscrit en filigrane en droit positif français, mais cela devrait se matérialiser plus clairement dans la perspective d'une réforme du droit des biens dans le Code civil.

Le droit français comporte déjà de nombreuses dissociations de la propriété du sol et des constructions, les propriétaires des constructions n'étant pas propriétaires du sol et le propriétaire du sol n'étant pas propriétaire des constructions. Cela se produit surtout par l'effet de baux temporaires de longue durée qui confèrent à leurs bénéficiaires la propriété des ouvrages, des équipements et des constructions qu'ils peuvent réaliser, pendant toute la durée de ces baux : l'exemple du bail emphytéotique ou du bail à construction est à cet égard caractéristique. Il importe peu, alors, que la propriété immobilière soit attribuée à des personnes publiques ou à des personnes privées. Les personnes publiques sont même souvent conduites, pour valoriser leur patrimoine, à en confier l'exploitation

ou la construction à des investisseurs privés qui ne peuvent eux-mêmes s'engager et financer leur activité que grâce à des droits réels susceptibles d'être donnés en garantie aux banques et aux établissements qui financent la réalisation de leur opération. Cela est désormais consacré par le code général de la propriété des personnes publiques de 2006. En France, les baux emphytéotiques administratifs ou les concessions de services publics sont d'usage courant et caractérisent ce que l'on appelle "le partenariat" entre personnes publiques et personnes privées. Alors qu'on insiste généralement sur l'antagonisme entre la propriété privée et la propriété publique et entre l'intérêt privé et l'intérêt général, on voit désormais se développer des convergences manifestes entre l'intervention de propriétaires privés et les prérogatives publiques sur le domaine public, ainsi que dans des opérations conjointes entre les intérêts privés et l'intérêt général.

Dès le XIX^{ème} siècle, la cour de cassation a reconnu l'existence de droits de superficie considérés comme des droits réels qui constituent au profit de ceux auxquels ils sont conférés "un véritable droit de propriété dont ils ont la libre disposition" (Req. 5 nov. 1866, D. 1867, I, p. 32). Elle a précisé que "le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds" et "qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois, arbres et autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé" (civ. 16 décembre 1873, S. 1874, I, p. 457).

Parmi les perspectives de réforme du droit des biens dans le Code civil, les "dérogations conventionnelles à l'accession" occupent une place importante. Il apparaît nécessaire de tenir compte des évolutions de la pratique en la matière et des lois extérieures au Code civil. Il faut également clarifier la nature juridique de certaines institutions. Ni les volumes, ni le droit de superficie ne font en effet l'objet de la moindre définition en droit positif. De nouvelles dispositions, respectivement consacrées au droit de superficie et aux volumes, et d'autre part, aux droits réels sur le sol d'autrui devraient donc voir le jour.

Il faut, semble-t-il, différencier les cas de divisions spatiales d'un fonds découpé en deux ou plusieurs parties faisant chacune l'objet d'un véritable droit de propriété limité géographiquement, et les hypothèses de droits réels sur le sol d'autrui qui ne constituent pas eux-mêmes des droits de propriété mais donnent un droit de propriété sur les constructions qui y sont réalisées.

Il faudrait d'ailleurs distinguer le droit de superficie proprement dit qui correspond à une division d'une propriété unique en deux propriétés portant respectivement sur ce qui est dans le sol et ce qui se trouve au-dessus, de l'hypothèse de volumes engendrant également des droits de propriété, mais plus diversifiés et faisant l'objet d'un état descriptif de division en volumes.

Les titres constitutifs de droits réels sur le sol d'autrui, déjà prévus par des textes spéciaux, comme le bail à construction ou le bail emphytéotique, ne seraient finalement que des variantes spécifiques de tels droits dont le régime juridique résulterait toujours des textes spéciaux qui les instituent.

B. Les démembrements de la propriété

La diversification des droits issus de la propriété constitue également un instrument de valorisation économique des biens qui en sont l'objet. En effet, le droit de propriété peut se décomposer en démembrements divers. Un même bien peut ainsi servir de support à plusieurs droits. Cela favorise une désincarnation de la chose objet du droit, mais les démembrements de la propriété constituent des biens comme les autres. La notion de valeur transcende alors la distinction des biens corporels et des biens incorporels. Le droit français classique consacre largement les démembrements de propriété, même si l'effet de valorisation des biens que ceux-ci représentent n'est que rarement mis en évidence. Les perspectives actuelles de réforme du droit des biens devraient donner un nouvel essor à ce mode de valorisation de la propriété.

Le droit positif consacre l'importance des servitudes en matière immobilière et de l'usufruit de manière générale.

Au-delà de la définition qu'en donnent actuellement les articles 637 et 686 du Code civil, les servitudes de droit civil apparaissent comme la technique juridique qui permet de transférer au profit d'une propriété une partie des utilités d'une autre et d'opérer ainsi du fonds servant au fonds dominant le transfert d'une partie de la valeur économique normale du fonds servant : elles conduisent ainsi à un transfert de valeur, comme de prérogatives, d'une propriété à une autre.

Dans l'état actuel du droit, l'usufruit comporte souvent, en revanche, des effets économiques néfastes. Le nu-propriétaire n'est pas incité à valoriser son bien dont il ne profite pas et a tendance à le laisser dépérir en ne faisant pas les grosses réparations qui lui incombent. L'usufruitier, quant à lui, n'a pas d'intérêt réel à faire des investissements à fonds perdus sur le bien d'autrui... La fructueuse collaboration entre nu-propriétaire et usufruitier qui permettrait de valoriser les biens est généralement illusoire et rarement encouragée. À cet égard, les propositions de réforme du droit des biens actuellement à l'étude s'efforcent de remanier profondément le droit de l'usufruit en transformant la conservation des biens objet de l'usufruit en une obligation d'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-propriétaire, en les associant pour la réalisation des grosses réparations par des encouragements aux investissements nécessaires et en instaurant entre l'usufruitier et le nu-propriétaire un système de contribution équitable et adapté aux intérêts en présence. Il apparaît alors opportun de développer l'usufruit en admettant la possibilité d'usufruit limité dans le temps à une durée maximale déterminée, et non viager. La fixité de la durée de tels usufruits serait de nature à en permettre une utilisation économique, indépendante de situations familiales ou successorales. Enfin, il semble nécessaire de préciser le régime de certains usufruits spéciaux, de même de celui du quasi-usufruit portant sur des choses consommables afin d'en adapter la gestion aux exigences économiques de la conservation et de la valorisation des créances, des droits sociaux ou des universalités concernées.

Au-delà d'une telle réhabilitation économique de l'usufruit et de ses diminutifs traditionnels, il paraît nécessaire d'étendre encore le domaine des démembrements de la propriété en consacrant de nouveaux droits réels de jouissance spéciale portant seulement sur une ou plusieurs des utilités d'un bien, au choix du constituant, et non sur la totalité de son usage. De tels droits réels, dotés d'une valeur économique propre, recèlent une multitude d'applications puisque leur objet

n'est pas limité. Cela doit permettre de valoriser les biens en en cédant divers droits spéciaux de jouissance à des prix non négligeables, sans pour autant en perdre la propriété, à des tiers qui en auront alors une jouissance partielle pouvant être exercée directement, louée, cédée ou transmise à d'autres personnes.

S'il apparaît ainsi que la diversification des droits issus de la propriété favorise la valorisation économique des biens, la diversification des biens objet de propriété recèle également une transformation économique de celle-ci.

II. Diversification des biens objets de propriété et transformation économique de la propriété

L'évolution technologique et économique de l'époque moderne se traduit par une diversification des biens objets de propriété (A) qui implique corrélativement une diversification des droits (B) issus de la propriété.

A. L'émergence de nouveaux biens

La diversification des biens résulte de la valeur patrimoniale considérable acquise par les biens meubles les plus divers dans la société moderne, qui constituent maintenant l'objet essentiel de la production industrielle et de l'activité humaine. De nos jours, la richesse mobilière l'emporte sur l'importance des biens immobiliers, car elle est à la fois l'objet et le fruit des activités industrielles et des transactions commerciales. La valeur des entreprises et des titres sociaux répond à la multiplication des échanges dans un contexte de mondialisation et de croissance. On assiste ainsi à *une expansion considérable des biens incorporels*, c'est-à-dire de biens dotés d'une valeur économique et soumis au commerce juridique qui sont issus de la créativité humaine. La reconnaissance dans le droit contemporain d'universalités telles que l'entreprise, le fonds de commerce, les portefeuilles de valeurs mobilières, des brevets d'inventions, des marques de commerce, des dessins et modèles, des obtentions végétales et celle des œuvres littéraires et artistiques, qu'il s'agisse de créations ou d'interprétations, a suscité une véritable métamorphose de la composition des patrimoines. Désormais, les droits de propriété intellectuelle et industrielle, le développement et la transmission des créances, le droit des sociétés, la répartition de la valeur des entreprises et le droit du crédit sont devenus les moteurs de l'activité juridique qui encadre le développement économique.

Le développement scientifique et technologique implique aussi une dématérialisation des biens qu'il s'agit de protéger et de sécuriser. De nouveaux biens inhérents à ce développement et qui relèvent de la révolution technologique du XX^{ème} siècle sont maintenant reconnus et encadrés par le droit. Ils répondent à ce que l'on appelle "la nouvelle économie". Parmi eux, on peut citer les logiciels, les secrets industriels, les brevets, voire l'information. Tous les facteurs de production qui circulent dans les échanges économiques actuels constituent désormais des biens. Ces nouveaux biens sont la fois la source, l'objet et le résultat des activités humaines dotées de valeur patrimoniale et constituent le reflet du développement économique. Toute chose corporelle ou incorporelle dotée d'une valeur patrimoniale et qui fait l'objet de circulation constitue désormais un bien susceptible d'appropriation et d'exploitation.

Les universalités, comme le fonds de commerce, le fonds libéral, le fonds rural, les portefeuilles de valeurs mobilières correspondent maintenant à l'essentiel

des biens objet de propriété et de la vie économique. De nouveaux biens, comme les logiciels, sont protégés par le droit d'auteur. Les brevets protègent les inventions et leurs modes d'exploitation. Leurs titulaires bénéficient d'une exclusivité et d'une capacité économique caractéristiques de la propriété. C'est ainsi que, dans tous les pays développés, les bases de données sont protégées, que les valeurs mobilières qui représentent une fraction abstraite du capital d'une société et qui sont incorporelles sont dotées d'un régime particulier de cession et de transmission.

On peut en déduire que tous les biens ont comme critère commun une valeur patrimoniale, qu'ils soient corporels ou incorporels, et qu'ils sont tous objets de propriété, mais que l'exercice du droit de propriété est différent selon qu'il s'agit de biens corporels ou de biens incorporels. Selon l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les biens sont protégés dès lors qu'ils comportent une valeur patrimoniale. Ils peuvent tous faire l'objet de propriété exclusive, collective ou en indivision et peuvent, notamment, faire l'objet d'un usufruit qui se conçoit même pour des biens incorporels. La valeur économique et la possibilité d'appropriation, d'échange et de circulation permettent même d'attribuer la qualification de biens à l'information, par exemple.

Cela implique aussi des différences de vocabulaire. Les biens incorporels et les biens immatériels ne correspondent pas à la même chose. L'électricité est un bien matériel, mais elle a un caractère incorporel. Une œuvre de l'esprit est incorporelle et immatérielle. Les supports électroniques sont des biens matériels qui véhiculent des valeurs intellectuelles ou financières et qui ont une valeur économique, qui sont objets de propriété et dont la circulation correspond à une exploitation économique. Ainsi, dans le pré-projet de réforme du droit des biens dans le Code civil, les biens seraient définis comme "les choses appropriées, corporelles ou incorporelles, ainsi que les droits réels et personnels...".

B. La transformation de la propriété et du droit des biens

La propriété doit dès lors être conçue comme une exclusivité appliquée à des valeurs économiques, et ce, même si les biens incorporels sont souvent mal appréhendés par certaines expressions de la propriété. C'est ainsi que la possession des biens incorporels est difficilement matérialisable et se comprend différemment de celle des biens corporels.

Dans toutes les branches du droit, la propriété est consacrée car elle est le symbole d'une protection juridique absolue. Le droit garantit la sécurité des droits, des biens et des transactions de manière indifférenciée, mais différente selon les biens concernés. C'est ainsi que l'on distingue, en droit français par exemple, la propriété intellectuelle et la propriété industrielle... de la propriété foncière ou de la propriété des biens mobiliers corporels, en raison de la particularité des différents biens concernés. Mais, dans tous les cas, il faut assurer à la fois une sécurité juridique, l'égalité dans les transactions économiques et la juste rétribution des talents. Ainsi, la propriété industrielle, par exemple, celle des marques, brevets et dessins et modèles constituent un véritable droit de propriété, reconnu par les conventions internationales qui correspond à une protection de l'exclusivité de leur titulaire, même s'il ne s'agit que d'un monopole temporaire dont l'objectif est limité à une exploitation déterminée. La propriété industrielle est ainsi protégée en justice par une action spécifique, l'action en contrefaçon, qui est sanctionnée par les tribunaux.

La propriété industrielle est d'ailleurs, depuis longtemps, protégée aussi par des conventions internationales, comme la convention de Paris de 1883 qui réunit maintenant environ 170 pays signataires qui se sont accordés pour la protéger. On peut également citer la convention de Marrakech du 19 avril 1994 sur les Aspects des Droits de Propriété Industrielle qui touchent au commerce international (accords ADPIC dans le cadre de l'OMC). Il existe aussi des conventions spécifiques pour la protection des marques, pour celle des brevets, pour celle des dessins et modèles. Des conventions internationales ont également institué des instruments de coopération, comme le dépôt international des marques auprès d'un organisme unique pour divers pays.

Dans le cadre de l'Union européenne, la Cour de justice des communautés européennes joue un rôle régulateur très important pour tous les membres de l'Union. Enfin, les organes de l'Union européenne établissent des directives qui ont été transposées dans les pays membres de l'Union, comme la directive de 1988 sur les marques. C'est ainsi que l'on a introduit en droit français "la saisie-contrefaçon" qui est une action en justice permettant de réprimer la fabrication et la commercialisation de produits en infraction au monopole d'une marque particulière. C'est dire combien, en dépit de sa diversification, la propriété s'analyse comme une exclusivité appliquée à des valeurs économiques et protégée par le droit positif.

C'est dire également que le droit des biens ne peut plus être conçu de manière monolithique et indifférenciée. Il faut, dès lors, considérer que le droit des biens et de la propriété n'est plus un droit uniforme et ne s'identifie plus au droit classique des biens et de la propriété des immeubles. Il y a manifestement, désormais, plusieurs droits spéciaux des biens, au-delà de la théorie générale des biens. Il existe maintenant un droit spécial des biens immobiliers, un droit spécial des biens mobiliers et corporels, et un droit spécial des biens incorporels : l'exemple de la circulation des créances dans la vie économique actuelle et celui des moyens de paiement sans règlement matériel, mais par simple inscription au crédit et au débit des comptes, le démontrent fort bien. Le droit commun des biens se limiterait alors aux principes communs autour desquels s'articulent ces droits spéciaux. Comme un auteur l'avait très justement remarqué, il faudrait désormais parler de droit des biens spéciaux, comme on parle de droit des contrats spéciaux.

En conclusion, la propriété ne peut plus être conçue comme un droit absolu, unitaire et figé portant uniformément sur toutes sortes de biens, immobiliers ou mobiliers, corporels ou incorporels. Elle prend désormais des formes variées et s'exerce de manière différente selon les biens auxquels elle s'applique, de sorte qu'à côté de la théorie générale du droit de propriété, il faut songer à des droits spéciaux de la propriété mobilière, de la propriété immobilière, de la propriété des droits corporels et de la propriété des droits incorporels...

Il n'empêche que la propriété de tous les biens peut constituer aussi, en raison de la valeur économique qui s'y attache, un instrument de crédit par l'affectation de leur valeur économique au remboursement de financements consentis par des banques ou des établissements financiers. Ainsi, le développement économique repose sur la propriété de tous les biens, quelle qu'en soit la nature, bien qu'elle se soit diversifiée grâce au développement de l'économie, aux nouvelles technologies et à la mondialisation des échanges. Ce développement économique, dans tous les pays du monde, suppose un ensemble de techniques permettant

d'optimiser l'attribution et l'exploitation des biens, qui constituent le nouveau visage de la propriété dans le monde contemporain.

FAUT-IL AVOIR RECOURS À L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT (AED) POUR ASSURER L'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE DU DROIT ?

Par

Arnaud Raynouard¹
Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Efficacité économique du droit ? Les termes sonnent bien, mais laissent un peu perplexe lorsque l'on tente de leur donner une substance. Dire de quelque chose qu'il est *efficace* suppose un jugement de valeur. Ici c'est l'efficacité économique... ce qui laisse (presque) entière l'interrogation : qu'entendre par "économique" ?²

Une première définition, classique, indique que l'économique renvoie à l'activité humaine, consistant en la production, la distribution, l'échange et la consommation de produits et services. L'approche est trop restrictive et il est préférable de retenir une seconde définition. L'économique, selon une approche *réaliste*, est tout ce qui touche à l'activité humaine dans sa dimension de production/consommation, sociale et politique.

De ce point de vue, sans doute, *tout* le droit a une dimension économique – cela justifie le champ élargi sur lequel se porte l'*analyse économique du droit* (AED). En effet, le mouvement dit *Law & Economics* (L&E)³, né dans les années 1950 à l'Université de Chicago⁴, s'il s'est initialement intéressé aux domaines du droit "évidemment" économique, tel que le droit de la concurrence ou le droit des sociétés, s'est ensuite tourné vers l'analyse de la responsabilité civile⁵, du droit pénal⁶ ou encore du droit de la famille⁷.

Or, si on se place du côté des économistes, on rencontre, évidemment, des conceptions politiques différentes : capitalisme et économie de marché ouvert,

¹ Directeur du programme *Efficacité économique du droit (2eD)* de la Fondation pour le droit continental.

² Braudel écrivait que "l'économie, en soi, cela n'existe évidemment pas", *La dynamique du capitalisme*, Champs Flammarion, 1985.

³ J'emploierai ensuite indifféremment ces deux sigles, AED et L&E, pour désigner l'analyse économique du droit.

⁴ Il s'agit surtout d'une "renaissance", l'approche réaliste ayant d'abord existé, sous d'autres modalités, en Europe. Certains auteurs classiques, tels que Jean-Jacques Rousseau ou Locke, ayant eu une approche similaire (sans doute sans l'exprimer ainsi, et pour cause, la singularité actuelle des sciences économiques n'existait pas). Le mouvement de l'École historique allemande relève elle aussi d'une démarche similaire ; sur l'histoire de la *Law & Economics* et ses filiations, v. E. Mackaay, p. 7 et s., ainsi que son article *History of Law and Economics*, in *Encyclopedia of Law & Economics*, Bouckaert et De Geest (dir.).

⁵ G. Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1970.

⁶ G. Becker, *Crime and punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economics*, 1968, vol. 76, p. 169.

⁷ G. Becker, E. Landes et R. Michael, *An Economic Analysis of Marital Instability*, *Journal of Political Economics*, 1977, vol. 85, p. 1141.

planification... Keynes enseignait dès 1933 que les flux financiers internationaux sont toujours politiques !

Si on veut envisager l'efficacité économique du droit, c'est donc par rapport à un paradigme économique donné.

Dans leur ouvrage, Ejan Mackaay (et Stéphane Rousseau), adoptant la posture de la L&E nord-américaine, ils s'enferment (au sens non péjoratif de limitation du champ épistémologique) dans un concept économique centré sur deux concepts :

- le *marché ouvert* (concurrence) et *efficace* (allocation des ressources) ;
- la *rationalité* des acteurs (la "rational choice theory", ou RCT).

Or, si on peut formuler deux reproches, essentiels, à l'École de Chicago, c'est précisément, d'une part, de croire trop fermement au caractère auto-régulateur ou auto-correcteur des marchés (de sorte que le marché sera toujours efficace) et de donner une place centrale et sans nuance à la rationalité de l'acteur économique.

J'en donnerai deux exemples⁸. Lorsque l'on évoque les conflits de voisinage, en soulignant que le juge a à connaître de contentieux dont l'origine est parfois simplement la jalousie ou la détestation de son voisin, considérer que ces éléments sont rationnels s'apparente surtout à une pirouette intellectuelle. Ou encore, lorsque Jean Tirole, dans un article remarquable, analyse les logiciels et les droits d'auteur, il le fait uniquement au travers du prisme de l'incitation (rémunération) et non de la fonction allocative (distributive) de l'information. Or, le développement des logiciels libres répondra à une autre logique que la seule fonction incitative (ce qui est rationnel, mais se détache du jeu du marché concurrentiel et donc de l'appropriation de l'exclusivité de l'information).

Je ferai ici deux observations.

1^{ère} observation. Cet enfermement théorique – qui repose sur des outils d'analyse – oblige soit à contester la démarche des auteurs, soit à abandonner toute vision critique de la démarche pour se contenter de l'appliquer au domaine du droit. L'AED sous cet angle, est une formidable machine à broyer, ingurgiter et digérer les contre-arguments.

2^{nde} observation. Lorsque je parle d'efficacité économique, j'emploie à dessein cela dans un sens dépassant cet enfermement pour y inclure la dimension sociale et politique.

Ainsi, par exemple, si on prend la question du salaire minimum, ou celle des externalités, l'AED amène à identifier des effets pervers (au sens où l'entend Boudon⁹, d'un résultat différent de ceux recherchés). Néanmoins, ces effets peuvent être voulus et acceptables, efficaces socialement¹⁰.

À rebours de la pensée dominante dans la littérature économique de ces dernières décennies, il me semble que la règle de droit est loin d'avoir l'effet automatique qui lui est prêtée et que la diversité des règles n'est pas une entrave au développement économique (cas du développement économique du Japon/Corée du Sud/Chine...).

Le constat (nécessairement subjectif !) est que l'efficacité économique n'est pas un concept, et saisir comment l'apprécier ne se fait pas, seulement et exclusivement, au moyen des outils de l'analyse économique. Ceci étant dit, il faut alors immédiatement ajouter que l'analyse économique est, sans conteste, un

⁸ Cette intervention datant de juin 2008, elle précéda la déflagration de la crise financière qui eu lieu fin août. Depuis lors, le principe du caractère auto-correcteur des marchés, non pas invalidé, a été fortement mis en question.

⁹ R. Boudon, *Effets pervers et ordre social*, PUF, 1977.

¹⁰ Boudon parle d'effets pervers positifs ou négatifs. Leur qualificatif de pervers tient simplement à ce que les effets en question ne sont jamais désirés *ab initio*.

élément de cette appréciation. Sur cette idée, on rejoint pleinement la position subtile d'Ejan Mackaay (p. 6) lorsqu'il indique "qu'il serait insensé de se priver" de l'apport d'un emprunt aux sciences sociales comme l'AED.

Si la L&E "cherche à remonter à la raison d'être des institutions juridiques" (*ibid.*), encore faut-il voir que cette raison d'être est attachée, consubstantielle, à une posture intellectuelle finaliste. Un juriste averti en vaut (peut-être) deux !

Les rapports *Doing Business*, la nouvelle économie comparée et la théorie des origines légales

Il faut ici faire un bref rappel : la Banque mondiale, plus précisément une de ses filiales, la International Finance Corporation (IFC), publie les rapports *Doing Business* depuis 2004. Établis sous la direction "scientifique" d'un économiste, Siméon Djankov, ces rapports offrent une mesure de la facilité¹¹ à faire des affaires, au moyen de 10 indicateurs (tel que la facilité à créer une entreprise, la durée d'obtention d'un permis de construire, le temps consacré au paiement de l'impôt et la charge de celui-ci, etc.), dans 181 pays. Est ainsi établi un classement des pays (*ranking*) et une ligne directrice du sens des réformes à entreprendre pour rejoindre les pays les plus dynamiques économiquement.

Le postulat adopté (et non discuté) est que le droit est facteur de croissance économique¹². *Contra...* beaucoup de choses, j'y reviendrai.

À ce stade, je formulerai deux observations.

1^{ère} observation. Il y a une certaine mauvaise foi des auteurs de *Doing Business*, résultat d'un parti pris idéologique (sous couvert d'une démarche dite méthodologique) et d'une rigueur du travail discutable. Idéologiquement, l'évaluation est faite par rapport à un modèle de marché ouvert et de capitalisme financier... mais cette approche qui s'inscrit dans l'orthodoxie du "consensus de Washington" n'est pas explicitement annoncée. Quant à la qualité du travail mené, elle est très contestable. Ainsi, pour ne prendre que deux exemples, les éléments mesurés varient selon les pays de sorte que la comparabilité des résultats est douteuse, ou encore la méthode employée des questionnaires est incohérente car elle n'est ni systématique, ni rigoureuse¹³.

2^{nde} observation. Les rapports reposent sur une école spécifique de la L&E, menée par Siméon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez de Silanes, Andrei Shleifer, Robert Vishny : la *Law & Finance*, qui donna naissance à la *nouvelle économie comparée*. La *Law & Finance* est également appelée, ou a également évolué, en une *théorie des origines légales*.

C'est là où le bât blesse. Entendons-nous bien, le reproche n'est pas tant de procéder à ces évaluations que d'utiliser un seul et unique courant de pensée, alors que la L&E est riche et de plus en plus diversifiée (Mackaay, précité).

De la nouvelle économie comparée à la théorie des origines légales.

Commençons par le plus facile, le persiflage et la critique (bien française), en relevant la naïveté et la candeur¹⁴ (simplisme) du référent politique de ces auteurs.

¹¹ Les coûts associés, la bureaucratie, les délais, etc.

¹² Cette posture intellectuelle n'est pas nouvelle (ce fut celle de la Law & Development des années 1960) ; elle est devenue un lieu commun d'une partie non négligeable de l'analyse économique néo-classique ainsi que des institutionnalistes.

¹³ Pour un détail des critiques, v. le site du programme Efficacité économique du droit (2eD), sur www.fondation-droitcontinental.org.

¹⁴ Ce "simplisme" laisse entier la question de savoir s'il est volontaire ou... juste lié à une croyance profonde en la réduction de la complexité des relations humaines à quelques idées "de base".

On peut également critiquer, la croyance mal assimilée de l'équipe *Doing Business* dans le postulat énoncé par Posner, selon lequel le *Common Law* est naturellement efficient, plus que le "droit civil" (entendre le droit de tradition romano-germanique). Il me semble en effet que la position de Posner, qui n'indique jamais que le *Common Law* est supérieur au droit civil continental et relève d'ailleurs la "convergence" des deux traditions¹⁵, doit se comprendre comme une affirmation (jamais vraiment démontrée) de la plus grande efficience du juge ou des acteurs économiques (marché) par rapport à l'intervention de l'État, à l'intervention du gouvernement central. C'est donc essentiellement le droit fait par les juges ou les parties intéressées qui est considéré comme plus efficient économiquement, et non la considération du système juridique¹⁶.

Ceci étant dit la *nouvelle économie comparée* a un objectif et un cadre de référence qui ne peut être ignoré et mis de côté sans discussions. Son objectif est d'identifier l'efficience économique des modalités alternatives de mise en œuvre du capitalisme (schématiquement, avant les années 1990, on opposait le capitalisme à la planification). La question, selon les tenants de ce courant, est renouvelée avec la fin du modèle dit "communiste", qui oblige à dresser un tableau plus fin des différences entre les systèmes (puisque l'opposition paradigmatique, libéralisme / planification aurait disparue¹⁷).

Cet objectif est fixé dans un cadre de référence institutionnel particulier, les auteurs de la nouvelle économie comparée considérant qu'il existe une tension nécessaire entre un régime de dictature et, à l'opposé, un régime de désordre. Ces deux aspects, dictature et désordre, constituent les deux risques essentiels pour une société et doivent être appliqués au développement et à l'organisation des affaires.

Leur idée est simple (presque trop). Il faut des institutions juridiques "de base" pour permettre le développement économique (droits de propriété, modalités d'exécution des contrats, etc.), afin de protéger/inciter les acteurs économiques, et en même temps, il faut également une protection contre l'État. Dès lors, le curseur va de plus de contrôle étatique (dictature) diminuant les désordres sociaux vers moins de contrôle étatique mais avec plus de risques de désordres¹⁸.

À cela s'ajoute une réflexion (très simpliste tout de même) concernant l'acculturation des modèles juridiques (ce que l'on nomme en anglais le *legal transplant*). En effet, à aucun moment, ces auteurs ne tiennent compte des débats portant sur l'existence même de phénomènes d'acculturation, et notamment le courant¹⁹ qui conteste la possibilité (et donc l'efficacité) d'une telle démarche.

¹⁵ R. Posner, *Lecture 2 : Formal Versus Substantive Economic Theories of Law*, in Law, Economics, and Democracy – Three Lectures in Greece, 2002, Sakkoulas Publishers, p. 29.

¹⁶ Il faut d'ailleurs poursuivre le raisonnement et considéré alors que le droit administratif français, largement fondé sur la jurisprudence (par rapport au droit privé, plus rigide et enfermé dans les canons du code civil et de la méthode civiliste), correspond bien à cette idée.

¹⁷ L'emploi du conditionnel est volontaire, l'affirmation étant discutable : que le modèle du communisme soviétique ait à peu près disparu est peu contestable, mais cela n'a pas invalidé les études marxistes pour autant, bien au contraire, et n'a certainement pas fait disparaître les modèles de régulation, c'est-à-dire fondés sur l'encadrement des activités de marché. Toute la question étant de déterminer la dose d'interventionnisme et le degré de liberté laissé au jeu du marché.

¹⁸ Ce cadre de référence des institutions politiques est modélisé dans un tableau dit des frontières des possibilités institutionnelles (*Institutional Possibility Frontier*, IPF), mettant en ordonné les pertes sociales liées à un système de dictature et en abscisse les pertes sociales liées au désordre. Les pertes sociales sont mesurées en termes de fiscalité et d'expropriation au profit du gouvernement. V. S. Djankov, E. Glaeser, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes et A. Shleifer, *The New Comparative Economics*, Journal of Comparative Economics, 2003, vol. 31, p. 595.

¹⁹ Dont le chef de file est Pierre Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, P. 111 ; pour une vive critique, mais qui est plus une incompréhension de forme, car l'auteur me semble rejoindre pratiquement les idées de Pierre Legrand,

Dans l'article fondateur de la nouvelle économie comparée, il est fait mention des origines légales ; aussi est-il parfois fait référence au mouvement dit *Law & Finance* comme étant celui des *origines légales*. Il est indiscutable que les idées fondatrices de la théorie des origines légales existent dès le début des écrits de *Law and Finance*. Il n'en reste pas moins que, quelques années plus tard (et quelques rapports *Doing Business* plus tard), pour la première fois, un article est publié, en mai 2008, sous le titre de la *Legal Origins Theory*, la théorie des origines légales. Celle-ci pose en règle, très simple²⁰ que le développement économique actuel est fonction de l'origine légale et que seule les économies de tradition de *Common Law* sont performantes.

C'est cette mouvance intellectuelle qui inspire²¹ ensuite la *méthode* du rapport *Doing Business* : des questionnaires adressés à des professionnels (essentiellement des avocats) articulés autour d'un cas pratique permettant d'évaluer le traitement "légal" d'une situation (création d'une société commerciale, obtention d'un permis de construire d'un hangar, obtention d'un crédit, protection de l'investisseur, paiement des obligations fiscales, exportation/importation de marchandises, transfert de la propriété immobilière, emploi d'un salarié, exécution forcée d'un contrat, procédure collective). Cela permet de disposer de 10 indicateurs de la "facilité" à faire des affaires, chaque situation étant mesurée au travers de divers critères (durée en jours, coût).

Les problèmes soulevés par cette méthode sont nombreux. Ainsi, pour n'en mentionner que deux, d'une part, le contexte est totalement ignoré (ce qui empêche de tirer de véritables enseignements sur l'efficacité des règles envisagées²²) et, d'autre part, les questions posées sont conçues uniquement au regard d'un système légal idéal qui correspondrait au système "nord-américain"²³.

On terminera par une remarque et une observation.

Remarque. Les réponses aux questionnaires donnent lieu à un traitement statistique extrêmement simple (sans pondérations particulières), et débouchent sur un classement relatif (niveau d'un indicateur pays par rapport aux autres). Il n'y a donc aucun modèle économétrique en l'espèce.

Observation. Et cette remarque soulève un questionnement : comment se fait-il que les rapports *Doing Business* aient eu un si retentissant écho, un si grand succès, et largement contribués à mettre en avant la *Law & Economics*... alors que

v. A. Watson, *Legal Transplants and European Private Law*, Electronic Journal of Comparative Law, (Décembre 2000), vol. 4.4, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

²⁰ Cette simplicité est sans doute une raison de l'immense succès de cette théorie au sein de la communauté des économistes... en dépit de toutes les analyses, théoriques et empiriques, qui indiquent le contraire : voir pour une dénonciation vigoureuse de l'inexactitude de la théorie des origines légales, S. Voigt, *Are International Merchants Stupid ? A Natural Experiment Refutes the Legal Origins Theory*, ICER Working paper, 2005 (ICERwp21-05). Voir également : J. Rosser et M. Rosser, *A Critique of the New Comparative Economics*, The Review of Austrian Economics, 2008, vol. 21, p. 89; K. Dam, *The Law-Growth Nexus, The Rule of Law and Economic Development*, Brookings Institution Press, 2006.

²¹ En réalité, l'inspiration est plutôt direction : Simeon Djankov dirigeait les Rapports *Doing Business* jusqu'à la mi-2008, date à laquelle il réussit le tour de force de devenir le *chief economist* de la IFC, Penelope Brook lui ayant succédé à la tête des rapports *Doing Business*.

²² Mettre de côté le contexte n'est pas, en soi, un reproche puisque précisément les outils de l'économétrie (en gros, la modélisation) reposent sur une stylisation de la réalité. En revanche, cela devient problématique lorsque l'objectif est de mesurer une situation réelle (la facilité à faire des affaires) et cela est, conceptuellement, étrange en l'espèce, en raison de l'appareil scientifique sous-jacent aux rapports *Doing Business*, puisque précisément la nouvelle économie comparée repose sur une grille d'analyse du contexte politique (le *Institutional Possibility Frontier* ; cf. supra).

²³ Le système légal de référence des rapports DB est "idéal" en ce sens qu'il ne correspond même pas à la réalité du droit positif nord-américain. En revanche, ce sont des critères liés au modèle économique nord-américain qui guident les auteurs des rapports.

précisément, il ne s'agit pas d'une véritable démarche d'analyse économique du droit. Dit avec moins de nuances, il s'agit d'une analyse économique du droit de très mauvaise facture, n'en possédant ni la rigueur, ni la richesse. Il s'ensuit que cette démarche ne participe pas à l'objectif de "remonter à la raison d'être des institutions juridiques" afin d'en "exprimer l'ordre sous-jacent" (Mackaay, p. 7). Et pourtant, c'est sans aucun doute grâce à ces rapports que les juristes français s'intéressent enfin, explicitement²⁴, à cette démarche !

C'est en effet, schématiquement, en réaction à *Doing Business* que fut créé dès 2004, le programme *Attractivité économique du droit* (AED) dirigé par Bertrand du Marais, auquel succéda, fin 2007, le programme *Efficacité économique du droit* (2eD) porté par la nouvelle Fondation pour le droit continental²⁵.

Je me bornerai à une seule observation, pour insister sur le fait que l'utilité d'un programme comme 2eD se mesure à l'importance des débats, aujourd'hui, sur le lien entre droit et croissance/développement économique et sur la concurrence normative. Il s'agit donc d'inclure, de banaliser, le phénomène de l'AED pour mesurer le droit et l'adapter à son époque.

L'ouvrage de Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau apporte une riche moisson d'éléments permettant d'identifier le phénomène de l'AED (I), ce qui permet d'esquisser une réponse à la question de savoir s'il est possible et utile de mesurer le droit (II).

I. Le phénomène de l'AED

En France, l'AED est, en majorité, rejeté (B), en dépit de ses attraits (A)²⁶.

A. Les attraits de l'AED.

Ejan Mackaay cite des auteurs voyant dans le L&E le mouvement de pensée le plus important dans le domaine de la pensée juridique. Ainsi, selon Bernstein, l'AED a accédé à des hauteurs atteintes par aucune autre école de théorie du droit. Déjà, pour cela, il est impossible d'ignorer ce mouvement. Mais l'attrait de l'AED tient également à des raisons qui n'ont rien à voir avec la démarche juridique.

Raisons extrinsèques au droit ; j'en vois deux essentiellement.

1. Le recours à l'économie formelle et, notamment aux outils de l'économétrie (modélisation mathématique). Cela permet de simplifier des questions complexes, ramenées à des éléments essentiels (performants). Cela permet également

²⁴ En réalité, la réflexion et l'exploration de l'économie du droit a toujours existé dans la doctrine française (quoique plus rarement sous la plume des juristes) : la démarche se retrouve dans les travaux du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de l'ancien Plan... Les économistes (français) ont toujours analysés des situations légales etc. Reste, sans doute, que la doctrine "civiliste" dominante n'a-t-elle pas, par manque de culture économique (et aussi par une trop faible curiosité... ou manque de maîtrise des langues étrangères), été très prolifique en la matière, comme le relève d'ailleurs Mackaay (p. 14 et s.). Quant au sursaut de la doctrine "civiliste" de ces dernières années (v. les auteurs cités par Mackaay, *loc. cit.*), il manque cruellement d'intérêt pour les spécialistes, en ce sens que c'est une littérature de découverte et non de création, qui plus est dans l'ensemble suiveuse des positions nord-américaines, et non innovatrice (contrairement à ce que l'on trouve aux Pays-Bas, en Allemagne et, dans une moindre mesure en Italie). Mais le temps de la découverte passant, il ne fait guère de doute que ces auteurs, en se rapprochant des économistes, sauront trouver une voix originale dans ce débat international.

²⁵ Pour de plus amples détails, v. le site 2eD, sur www.fondation-droitcontinental.org.

²⁶ Lorsque, à l'inverse, elle est adoptée par des juristes français (rarement), cela est trop souvent sans esprit critique, par un phénomène de fascination. Une approche médiane servirait plus le mouvement et, notamment, la place de la doctrine française au sein de celui-ci.

une mise en perspective de mouvement (traitement statistique) ce qui est un angle de vision enrichissant (dynamisme).

Cela met l'accent sur le déficit d'analyses empiriques dont souffre la méthode juridique française classiquement. Jean Carbonnier l'avait bien senti, lui qui insistait sur l'approche sociologique (et sur l'étude de l'application du droit). A cet égard, la doctrine sociologique, pour une partie de ses tenants, par ex. Raymond Boudon, a recours à des outils statistiques (en opposition avec la sociologie dans la lignée de Bourdieu).

2. Les outils de l'économiste sont mieux identifiés, mieux cernés, plus objectif que ceux du droit. Du moins lorsque l'on envisage les néo-classiques de l'École de Chicago, cela est sans doute moins vrai de l'École de la régulation (voir par exemple les travaux de Boyer).

Il y a donc une plus grande objectivité dans les analyses.

Faisons cependant place ici à une critique sceptique. Il ne faut, face à cette belle simplicité des outils, céder à une fascination du chiffre : les modélisations ne sont pas des boules de cristal permettant d'identifier la seule bonne et unique décision (déjà parce que le modèle réduisant la réalité, il ne préjuge pas de la réalité des conséquences, se bornant à identifier des conséquences potentielles, ou probables, des *corrélations* et non des causalités). L'objectivité économique souffre autant de discussions qu'en droit, sauf que ses failles sont plus aisément révélées par une modélisation formelle²⁷.

Raisons intrinsèques au droit ; j'en vois, ici aussi, essentiellement deux.

1. L'analyse des effets (application)... ce qui ne résulte pas d'une approche conceptuelle et intellectuelle du droit. Or cet aspect, retour d'information ou "pronostique", est intéressant.

2. Offrir un autre éclairage, une autre compréhension de la signification (économique) des règles et des institutions²⁸.

B. Le rejet de l'AED.

Il y a de bonnes et de mauvaises raisons à ce rejet, les premières constituant surtout une obligation de réception mesurée, un endossement critique.

Il est généralement utilisé deux *mauvaises raisons* pour rejeter l'AED.

1. Une première consiste à justifier le rejet de l'AED parce que c'est une analyse extérieure au droit, une démarche différente avec des outils différents (je n'exclus pas que la formalisation mathématique, souvent superflue d'ailleurs, soit pour beaucoup dans le rejet de l'AED).

2. Une seconde justification avancée est la trop grande abstraction de la démarche (notamment de découplage des modèles d'avec la réalité).

Cela justifie que l'on cantonne l'AED à une fonction de connaissance, de savoir (j'y reviendrai), mais cela est insuffisant pour rejeter comme telle la démarche (après tout il existe aussi de fortes abstractions en droit ; et même, la fiction en est une de ses techniques !).

Quant aux bonnes raisons de rejeter l'AED, qui sont plutôt des raisons justifiant, expliquant le rôle possible et les apports de l'AED, j'en identifie 3 : l'une

²⁷ Demogue, à propos de la construction juridique classique du XIX^{ème} siècle ne disait-il pas déjà qu'elle manifestait "tout un esprit juridique d'une netteté et d'une force très remarquable, mais excluant avec une rigueur peu commune ce qui ne rentrait pas directement dans ses cadres", *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911.

²⁸ J'emploie ici le terme "institution" au sens formel classique du droit. Donc dans un sens plus restreint que celui généralement retenu par les économistes lesquels, depuis Douglass North, y font entrer les institutions formelles, les règles, les coutumes et toute norme quelle que soit sa source.

visent les outils, les deux autres visent deux traits de la philosophie sous-jacente de l'AED.

1. Un certain nombre d'outils, ou de concepts, propres à la démarche de l'AED sont fréquemment invoqués par les juristes pour la rejeter.

Ainsi de la démarche visant à procéder à des *corrélations*. Une corrélation révèle l'évolution de données variables distinctes, ce qui est très différent de la causalité (le droit s'intéressant aux causalités, c'est-à-dire aux raisons causant un effet, que ce soit en matière de responsabilité civile, d'inexécution contractuelle ou de choix d'une norme).

Une étude empirique²⁹ indiquant que les adolescentes les plus exposées à des émissions télévisées à connotation sexuelle sont deux fois plus souvent enceintes que les autres n'explique en rien le lien entre les deux (les causes, au sens ou le droit l'entend, peuvent être multiples : la cohorte étudiée – qui regarde le plus la télévision – est celle qui est la moins encadrée par les parents, l'attrait pour de telles émissions est préexistante, de sorte que la cohorte la plus susceptible d'être enceinte est aussi la plus attirée par de telles émissions etc.).

Or, en droit (je ne parle pas du concept de cause en droit des contrats, souffre douleur de tout étudiant et passage obligé pour tout prof de droit privé), les règles et les institutions sont conçues de manière causaliste. C'est peut-être une illusion qui est en train de voler en éclat³⁰, mais le positivisme outrancier a la vie dure.

Ainsi également du recours au *postulat*. Il est vrai que celui-ci oriente déjà les résultats ; mais en même temps, c'est la seule démarche permettant de vérifier, ou d'infirmer, une hypothèse. Du moins lorsque cela est fait honnêtement.

Ainsi encore du concept de *marché auto-correcteur*. Qui ne voit aujourd'hui l'aveuglement qui consiste à ériger cette idée en dogme. Celui-là même qui justifie également l'idée selon laquelle il vaut mieux laisser le marché (y compris ses accidents, les crises) régler le cours des choses plutôt que le risque d'inconsistance (inefficience) d'une intervention étatique. Mais ce concept n'est pas érigé en dogme par tous les courants de la pensée économique (ainsi notamment la *Harvard School* ou la *New Haven School*, tout en partageant certains des mêmes principes sur lesquels la *Chicago School* s'est bâtie).

Ainsi enfin, pour ne présenter qu'un dernier concept, mais un de taille, le recours au présupposé de la *rationalité*. Celui-ci devrait rassurer les juristes français, le droit civil étant souvent décrit comme une matière logique, de raisonnement cartésien. Malheureusement, la réalité est plus tortueuse, et la belle algèbre du droit n'est souvent qu'un exposé en amphithéâtre qui ne résiste pas à l'épreuve d'un

²⁹ A. Chandra, S. Martino, R. Collins, M. Elliot, S. Berry, D. Kanouse et A. Miu, *Does Watching Sex on Television Predict Teen Pregnancy? Findings From a National Longitudinal Survey of Youth*, Pediatrics 2008, vol. 122 p. 1047.

³⁰ Notamment grâce à l'analyse économique du droit ! Mais déjà, Fernand Braudel avait insisté sur cet aspect dans *Civilisation matérielle, Économie et Capitalisme*, comme il l'indique lors d'une conférence en 1976 (publié sous le titre *La dynamique du capitalisme*, précité) : "C'est du quotidien que je suis parti, de ce qui, dans la vie, nous prends en charge sans même que nous le sachions : l'habitude – mieux, la routine –, mille gestes qui fleurissent, s'achèvent d'eux-mêmes et vis-à-vis desquels nul n'a à prendre de décision, qui se passent, au vrai, hors de notre pleine conscience. Je crois l'humanité plus qu'à moitié ensevelie dans le quotidien. D'innombrables gestes hérités, accumulés pêle-mêle, répétés infiniment jusqu'à nous, nous aident à vivre, nous emprisonnent, décident pour nous à long terme d'existence. Ce sont des incitations, des pulsions, des modèles, des façons ou des obligations d'agir qui remontent parfois, et plus souvent qu'on ne le suppose, au fin fond des âges. Très ancien et toujours vivant, un passé multiséculaire débouche sur le temps présent comme l'Amazonie projetée dans l'Atlantique l'énorme masse de ses eaux troubles". On rapprochera de cette intuition, celles, antérieures, de Max Weber dans *Économie et société* (1921), *Histoire économique* (1923) et *Sociologie du droit*.

prétoire ou de la négociation d'un contrat ! En d'autres termes, la rationalité du droit est souvent surévaluée. Or, précisément, le rôle attribué à la rationalité des acteurs économiques est difficile à combiner avec la nécessaire ou incontournable absence de raisonnement de nombre d'agissements (que l'on pense aux conflits de voisinage !).

Mais ici aussi, le concept de la rationalité³¹ n'est ni absurde, ni inutile. D'abord, parce que la construction formelle suppose bien que l'on dispose d'hypothèses et, d'autre part, parce que c'est une idée raisonnable que celle de penser que les actes volontaires sont généralement décidés rationnellement (c'est un des présupposés du consentement). Seule une croyance excessive en la rationalité est contestable (et aboutit à des raisonnements peu acceptables), et c'est là encore un reproche qui est fait à l'École de Chicago, qui retient une hypothèse de l'individu toujours et systématiquement rationnel (à la différence de l'École autrichienne par exemple, beaucoup plus sceptique et considérant qu'il faut, en hypothèse, retenir que la rationalité n'est ni constante, ni systématique).

2. 1^{er} trait de philosophie sous-jacente.

La L&E, techniquement, est une démarche d'analyse, une démarche de savoir. En elle-même, démarche scientifique, elle n'a pas d'ambition opérationnelle. Ce n'est toutefois pas une position partagée par tous les économistes, encore moins par certains "think-tank" ou certaines organisations gouvernementales ou internationales qui passent sans difficulté des analyses à la prescription.

Or, la partie la plus entendue aujourd'hui de la L&E pose en paradigme l'existence d'un lien entre le droit (les institutions au sens de Douglass North) et la croissance économique.

La difficulté provient de l'absence de démonstration claire et précise de l'intensité et de la nature de ce lien. L'interaction entre le droit et le développement économique est donc loin d'être quantifiable, puisque cela supposerait à tout le moins de disposer de critères explicatifs acceptés. Or, il n'y en a pas.

Dire, comme le fait Douglass North qu'il existe un lien entre les institutions (c'est-à-dire l'organisation formelle d'un État et toutes les normes qui sont à l'œuvre dans un espace donné) est sans aucun doute pertinent... de la même manière qu'il est intuitivement évident que la géographie a un lien avec le développement économique. Mais cela ne permet pas d'identifier avec précision ce lien, encore moins d'en tirer des conclusions précises.

En outre, la question de ce que l'on entend par "droit" est cardinale et, là encore, il n'y a pas de consensus (parfois tout simplement parce que les économistes qui travaillent sur ces questions ont une très mauvaise compréhension du phénomène juridique). Pour ne prendre qu'un exemple, lorsque la nouvelle économie comparée met en avant les contraintes liées au système juridique, un examen des critères retenus indique qu'en réalité, ce n'est pas du système juridique au sens où l'entendent les juristes (et qui concerne l'activité législative et juridictionnelle), mais au sens d'une bureaucratie (au sens Wéberien du terme), ou de l'organisation administrative.

On pourrait aussi discuter des classifications approximatives faites par la théorie des origines légales, laquelle oppose les traditions de Common Law et celles de "Civil Law", mais subdivise cette dernière en tradition française, allemande et scandinave. Or, ses propres résultats invalident sa distinction de famille, puisqu'elle indique que les traditions allemande et scandinave sont relativement aussi efficaces que la tradition de Common Law !³²

³¹ Que l'on désigne par RCT, *Rational Choice Theory*.

³² Pour une critique plus détaillée de cet aspect, v. S. Voigt, article précité.

Il en résulte que ce paradigme ne saurait être accepté trop aisément. Mais cela ne doit pas conduire à rejeter la L&E parce que, d'une part, celle-ci n'est nullement fondée sur un tel paradigme et, d'autre part, seul le débat sur le même terrain permettra de refouler ou de préciser un tel lien.

3. 2nd trait de philosophie sous-jacente.

Enfin, un dernier trait de la philosophie sous-jacente au courant dominant (d'un point de vue de sa médiatisation) qui agit comme repoussoir de la L&E est l'idée selon laquelle une seule et unique solution doit satisfaire aux besoins de croissance économique; une seule solution est efficiente. Bref, le slogan est connu : *one size fit all* !

Mais là encore, la L&E ne postule pas, en tant que démarche intellectuelle, une telle approche (bien que le thème de la convergence soit une conséquence logique de la rationalité supposée identifiée par l'analyse économique). Ici encore, il ne faut rejeter l'AED pour ce seul motif et, au contraire, mettre en avant, en usant des mêmes méthodes, l'efficacité de la diversité des réponses juridiques.

Si donc il serait absurde et illogique de se priver de l'analyse économique du droit, comme l'indique explicitement Ejan Mackaay, celle-ci permet-elle de mesurer le droit et ce, notamment afin d'identifier les meilleures pratiques, les effets pervers et donc le sens des réformes du système juridique (en vue de son amélioration).

II. La mesure du droit est-elle possible, est-elle utile ?

À première vue, une telle question semblera absurde alors que nous avons un Secrétaire d'État à l'évaluation des politiques publiques ?³³ En réalité, la question n'est pas absurde, car il existe, me semble-t-il, une réelle différence entre les *politiques publiques* et le *système normatif* (droit)... bien que les premières s'appuient techniquement, et nécessairement, sur le second pour leur mise en œuvre.

Je voudrais ici répondre à une question simple : que mesurer et pour quelle raison ? La réponse donnée, cela permettra de voir en quoi l'AED est une méthodologie de mesure parmi d'autre, mais une méthodologie particulièrement utile. Tout l'ouvrage d'Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau le démontre.

A. Que mesurer et pour quelle raison ?

À quoi s'attache l'évaluation faite par l'AED : les régimes, les institutions, les systèmes de droit... l'application des règles ? On touche ici, contrairement à ce que les juristes non versés dans l'AED pourraient le croire, à une véritable interrogation de fond qui traverse cette discipline. Si le lien entre développement économique, ou croissance économique, et structuration juridique de la société est *a priori* pertinent, et requiert que l'on s'y intéresse, ni les étalons, ni ce qui est mesuré n'est clairement et précisément déterminé. Il est même à peu près certain que, en l'état, les économistes de la L&E ne disposent encore que d'outils très grossiers, que les analyses ne sont que dans leur petite enfance encore³⁴.

Ce constat appelle trois observations.

³³ Le 1^{er} gouvernement Fillon (1^{er} gouvernement du quinquennat de Nicolas Sarkozy) comprend un secrétaire d'État chargé de la Prospective, de l'Évaluation des politiques publiques et du Développement de l'économie numérique, auprès du Premier ministre ; il s'agit de Monsieur Éric Besson.

³⁴ Ce qui est une raison supplémentaire pour que les juristes s'y intéressent de près, car s'ils ont beaucoup à apprendre des économistes, l'inverse est tout aussi vrai.

Première observation. L'AED s'interroge-t-elle au tout, ou à certains aspects seulement du système ? Les possibilités (il est plus délicat de mesurer un objet aussi complexe qu'un système juridique qu'une norme isolé ou une institution) et les résultats que l'on en tire ne sont pas les mêmes. Surtout, l'actuelle L&E me semble s'attacher en théorie aux règles et aux institutions, et en pratique à l'application du droit. Elle tend ainsi à mélanger deux niveaux différents, de sorte qu'elle n'est guère convaincante dans ses résultats. De fait, dans cette perspective, un problème important surgit, que les économistes sont loin d'avoir réglé, qui est de pouvoir attribuer la part respective d'influence, quantitativement, à la règle et à sa mise en œuvre (organisation administrative – bureaucratique – des règles et institutions). Mais cela n'a pas immédiatement pour conséquence de disqualifier l'AED, juste d'exiger une réelle humilité de la part de ses tenants.

Deuxième observation. Il faut faire une distinction entre la démarche classique de l'économie du droit, consistant à utiliser les ressorts de l'analyse économique pour comprendre le phénomène juridique et identifier les conséquences économiques d'une norme ou d'une institution, et, par extension, l'utilisation de cette méthode afin de prescrire la teneur des normes ou des institutions. Cela renvoie à une distinction, sur le papier du moins, entre une approche positive (ou descriptive) et une approche normative ; sans doute cette distinction est-elle importante³⁵, mais très vite peu rigoureuse en pratique, la frontière entre positivisme et normativisme étant floue. La description d'un phénomène juridique entraîne forcément un positionnement normatif. Reste que cette opposition est vivante dans le discours de l'analyste et donc, dans l'orientation de ses propos.

Troisième observation. Sous-jacente à nombre de travaux d'AED, on trouve la croyance d'une concurrence des modèles juridiques³⁶. Les travaux sur (l'illusoire) concurrence normative et le débat sur la convergence des droits sont sans doute connus des auteurs de la L&E³⁷... mais cela n'évite pas une forme de pensée unique en la matière, ou, plus précisément, de positionnement dogmatiques.

L'impossibilité ontologique d'une acculturation des normes de droit³⁸ est généralement balayée par le constat d'une convergence du contenu des réformes prenant place à travers le monde. Pourtant, relativement à l'idée de la convergence, le débat est assez pauvre³⁹. Il est notamment fréquemment fait fi des incidences phénoménales des ensembles régionaux, ou des sources internationales et de la coopération.

³⁵ Herbert Hovenkamp, dans un très riche article écrit en 1990, traitant du premier mouvement (nord-américain) de la Law & Economics (*The First Great Law & Economics Movement*, Stan. L. Rev. 1990, vol. 42, p. 993), considère comme cardinale l'opposition entre la démarche positive (descriptive) et la démarche normative (v. également, M. Trebilcock, *Introduction to Law and Economics*, Monash. L. Rev. 1997, vol. 23, p. 123). Sans doute, une personnalité majeure de la L&E comme Richard Posner varie dans sa position, se réclamant tantôt de l'une, tantôt de l'autre approche... mais il demeure, selon moi, dans l'ensemble plutôt positiviste. En toutes hypothèses, tant Posner, que Guido Calabresi (autre figure fondatrice de l'actuelle L&E), tous les deux étant juge fédéral depuis de nombreuses années, ne semblent avoir, ni l'un, ni l'autre, imposés leurs vues doctrinales dans leurs décisions... ce qui irait dans le sens d'un positionnement non normatif.

³⁶ Idée que partagent également les juristes : ainsi est-il fréquent que, lors du débat d'un texte de loi, les parlementaires n'invoquent la "délocalisation" des entrepreneurs nationaux car le système national ne leur offre pas les mêmes possibilités. Ce fut le cas lors de l'adoption de la loi sur les sociétés commerciales... de 1866 ! Ce fut encore le cas lors de l'adoption de la SAS en 1999 ou de la fiducie en 2007.

³⁷ Voir, par exemple, les auteurs récemment cités N. Garoupa et A. Ogus (*A Strategic Interpretation of Legal Transplant*, J. Legal Studies 2006, vol. 35, p. 339).

³⁸ P. Legrand, *European Legal Systems Are not Converging*, Int'l and Comp. L. Quarterly 1998, vol. 45, p. 52.

³⁹ Plus intéressant et riche d'enseignements, est l'idée de la *co-opétition* de Girardin et Esty.

Les analyses récentes indiquent au contraire que différents types de systèmes juridiques conduisent au succès économique. Il n'y aurait donc pas *une seule* modalité de développement de la croissance (le Consensus de Washington en sortira affecté... mais il l'est déjà). Cela montre également que la classification des systèmes en civil / Common law est trompeuse et insuffisante. Dorénavant, la distinction des systèmes se fait plus utilement sur 3 facteurs :

- l'organisation du système juridique est-il centralisé/décentralisé ?
- quelle fonction est jouée par l'activité de marché (allocation des droits, missions de coordination) ;
- l'Économie politique : la répartition des types d'opérateurs (personnes privées, personnes publiques...)

B. L'apport dans la L&E : une méthodologie de mesure parmi d'autres

“Simple” méthode de mesure, quantitative et qualitative, du phénomène juridique, l'AED est originale, dans ses outils, l'économétrie, et dans ses approches, comme le critère de mesure de Malani (du nom d'un auteur). Quelques explications rapides.

1. Économétrie...

L'économie du droit, aujourd'hui, fait largement appel aux ressources de l'économétrie même si ce détour n'est pas une fatalité : elle peut se mener sans modélisation économique, au travers d'une économie moins formalisée, et sans étude empirique.

Il reste que l'économie micro se présente comme une intéressante boîte à outils, tant pour ce qui est des concepts que des techniques, de mesure de phénomènes ou de spéculation permettant d'ailleurs une certaine anticipation (travaux prospectifs de l'incidence, potentielle, d'une règle ou d'une décision).

Mais le recours à ces techniques doit être relativisé dans son utilisation et dans son impact. Compte tenu de la méthode tirée des corrélations et de la statistique, il est illusoire de penser trouver dans l'AED la “boule de cristal” pointant vers la bonne (exclusivement) règle de droit. Les thuriféraires de l'AED ont d'ailleurs sans doute exagéré ses apports pratiques et, comme l'a déjà démontré Michelman⁴⁰, la méthode ne peut pas toujours expliquer les solutions en droit.

Dit autrement, si corrélations et statistiques permettent d'identifier une tendance, voire une probabilité... le juge ne peut trancher ainsi sur une simple probabilité, un législateur/régulateur non plus. Cela soulève des problèmes de responsabilité (processus décisionnel). Les outils de l'économie se portent néanmoins sur toute sorte d'objet... et c'est précisément une des difficultés de l'AED que d'identifier des objets pertinents pour procéder à la mesure de l'efficacité du droit.

2. Le critère de mesure de MALANI⁴¹

Anup Malani part du constat selon lequel évaluer la loi ou les règles est, le plus souvent, fait en identifiant son effet direct sur les comportements. Ainsi, par exemple, l'efficacité d'un nouveau texte répressif se mesure en se posant la question

⁴⁰ F. Michelman, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, Minn. L. Rev. 1978, vol. 69, p. 1015.

⁴¹ A. Malani, *Valuing Laws as Local Amenities*, Harv. L. Rev 2008, vol. 121, p. 1273.

de l'évolution des taux de délinquance. Or, outre l'approximation de cette mesure, sa difficulté de mise en œuvre pratique (dispose-t-on de données, et si c'est le cas, de données fiables) peut être rédhibitoire, ou tout simplement vicié les résultats.

D'où la proposition d'une nouvelle approche, empruntant un "proxie", c'est-à-dire un indicateur témoin d'une évolution : dans quelle mesure la règle de droit fait croître les prix immobiliers et décroître les salaires à court terme, ou augmenter la valeur agrégée des terrains à usage résidentiel à long terme.

La logique sous-jacente est que la "valeur" d'une loi, à l'instar d'une école publique ou d'un bord de mer, est capitalisée (internalisée) dans le prix local de l'immobilier et du marché du travail à court terme. Donc, à court terme, une loi efficace ou désirable, augmente le prix de l'immobilier et diminue les salaires, tout simplement parce qu'elle provoque un afflux de personnes localement. À long terme, puisqu'il y a plus de constructions et un accroissement de la création d'emplois, la capitalisation se réfugie dans la valeur agrégée de l'immobilier.

Ce faisant, cet auteur traduit bien la problématique générale, la volonté de répondre à cette question centrale de l'AED, et de l'économie tout court : la mesure de l'utilité (problème bien soulevé par Posner).

Conclusion

Pour conclure, à lire l'ouvrage de Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau, le juriste pourra tirer quelques conclusions (provisoires) :

(i) l'AED (au sens strict, notamment de l'École de Chicago) est surtout affaire d'économistes, (ii) c'est un outil au même titre que la sociologie ou l'histoire, (iii) sa méthode est trop abstraite, trop statistique, seulement intéressée aux corrélations, et imparfaitement prédictive pour constituer une réponse définitive à l'élaboration des normes et à la prise de décision par le juge... mais que l'apport intellectuel et la lumière que l'AED jette sur des conséquences possibles de l'application des règles est irremplaçable.

Quant au "droit civil" (par opposition au Common law), il n'est pas, techniquement revêtu à l'AED (même si cela n'est pas une tradition continentale) et le souci sous-jacent de l'AED se trouve aussi dans des travaux doctrinaux continentaux, mais sous d'autres formes (ancienne philosophie politique, l'ancienne planification, une partie non négligeable du droit public économique, les analyses anciennes concernant le modèle de l'État français...). Demeure toutefois un réel déficit méthodologique de la doctrine continentale, notamment française, dans la quasi-inexistence d'études empiriques. C'est sans doute là où le bât blesse le plus et nous exclut du débat international suscité par la multiplicité des études d'AED, véritable foisonnement intellectuel, qui a repris de plus belle avec les rapports *Doing Business*. L'ouvrage de Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau est, déjà, au moins un formidable outil d'approche en langue française.

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : UN REGARD EMPIRISTE CRITIQUE

Par

Éric Millard

*Centre de Théorie et Analyse du Droit (UMR 7074),
Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X)*

L'analyse économique du droit est peut-être victime de son succès, après avoir souffert de sa marginalité ; nombre de juristes français notamment, après avoir professé une certaine distance vis-à-vis de l'intrusion d'éléments impurs dans le droit, s'appuient sur elle pour remplacer une éthique ou trop conservatrice, ou trop fluctuante, ou encore pour régénérer des vertus du modernisme une dogmatique qui ne veut plus dire son nom. Il en résulte, en deçà de quelques remarquables réflexions, une vulgate qui vaut ce que valent les vulgates...

L'ouvrage d'Ejan Mackaay et de Stéphane Rousseau paraît alors que s'installe cette vulgate, et il permettra certainement d'éviter que des lieux communs toujours difficiles à combattre ne s'installent : les auteurs savent de quoi ils parlent, et font le choix de s'adresser non aux spécialistes, mais à tous les utilisateurs potentiels de l'analyse économique du droit. Le pari en effet de ce livre est que l'analyse économique du droit a quelque chose à dire aux juristes civilistes (dans les deux sens : aux juristes qui ne sont pas d'un pays de common law et à ceux parmi eux qui étudient ou commentent le droit civil) : l'analyse économique du droit pourrait permettre à la doctrine civiliste de se renouveler et de reprendre, grâce à elle, une place qu'elle a ou aurait perdue ; toutes choses qui, dès lors qu'est évoqué un âge d'or, vaudrait aussi bien sûr pour la doctrine publiciste (des pays de droit civil).

Il me paraît difficile d'apprécier directement ce pronostic dans le champ du droit civil ; en revanche, je voudrais m'attacher à la méthode qui est préconisée par l'ouvrage, et interroger ainsi sur le terrain de la théorie générale du droit les apports de l'analyse économique du droit à la science du droit.

La question est évidemment, en soi, compliquée. Elle suppose d'abord l'exposé d'une théorie préalable de ce qu'est ou doit être la science du droit. De ce point de vue, les propositions qui suivent s'appuient sur une conception de type positiviste-empiriste, qui considère que la science du droit appelle l'énoncé de propositions vérifiables empiriquement, décrivant un état de choses, ou de propositions analytiques, nécessairement vraies ; elle est exclusive d'énoncés qui comporteraient des jugements de valeurs¹. Elle suppose ensuite une compréhension de l'analyse économique du droit et de ce point de vue, j'avoue ne pas avoir encore une conception très claire des limites du champ de la démarche, puisque mes points d'entrée ne se limitent pas à l'ouvrage qui nous retient ici, mais passent aussi notamment par Posner (au pluriel : le père et le fils et pour le père dans ses versions successives), par Kirat², par Marciano³, par Defains⁴ ou par Duncan Kennedy⁵

¹ Sur ces questions voir par exemple É. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

² T. Kirat et F. Marty, *Économie du droit et de la réglementation*, éditions Gualino, Mémentos LMD/Master, Paris, 2007 ; J.-B. Auby, T. Kirat, F. Marty, L. Vidal, *Économie et droit du contrat*

notamment. Cette pluralité de points d'entrée, souvent différents sinon opposés et contradictoires, est surdéterminée par certaines pratiques théoriques auxquelles j'ai pu participer, et particulièrement la proposition d'une théorie des contraintes juridiques⁶, dont certains points (par exemple la rationalité de l'homo juridicus) semblent introduire en miroir dans l'analyse du droit une hypothèse essentielle de l'analyse économique orthodoxe, et dont d'autres questions (par exemple la possibilité de concevoir une analyse économique des contraintes juridiques, ou une analyse des contraintes économiques de la décision juridique) s'appuient directement sur certaines analyses économiques du droit⁷.

Je voudrais dès lors faire quatre propositions pour entrer dans ce débat sur l'apport de l'analyse économique du droit à la science du droit, qui portent sur un positionnement à adopter par rapport à l'analyse économique du droit (I), sur une opposition quant à la théorie de la science qui est en jeu (II), sur la reconstruction qui est opérée par l'analyse économique du droit (III) et sur l'usage que j'en propose (IV).

I. Position

L'analyse économique du droit assume des postures théoriques qui *a priori* ne sont pas éloignées de celles sur lesquelles je m'appuie. Si nombre de juristes européens ont vu l'aventure réaliste, au moins dans son versant américain, comme un cauchemar, par opposition au rêve noble de Hart⁸, je considère en revanche que même si elle a donné naissance à une multitude de courants divers et inégaux, elle a eu le mérite de fournir un salutaire repositionnement de la pensée dans, sur et avec le droit. Or évidemment le réalisme juridique américain constitue, avec le pragmatisme philosophique⁹ et l'utilitarisme teinté de conséquentialisme les piliers théoriques qui ont permis à l'analyse économique du droit de se développer.

Une théorie empiriste du droit partage alors un grand nombre des préoccupations premières de l'analyse économique du droit : un antiformalisme qui vise à déconstruire le discours juridique et sa prétendue rationalité intrinsèque pour faire apparaître les lignes de forces sociales que ce discours tend à occulter (quelle qu'elles soient, y compris économiques) ; le refus de toute morale *a priori* (les valeurs ne sont que l'expression de préférences) ; la thèse de la réalité et du *judge made law*¹⁰.

administratif. Application à la répartition des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, Paris, La Documentation française, coll. "Perspectives sur la justice", 2005 (Préface M. Marceau Long, Vice-Président honoraire du Conseil d'État) ; T. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, coll. Repères, 1999.

³ A. Marciano, *Posner, l'analyse économique du droit*, Michalon, 2003.

⁴ B. Deffains et S. Ferey, *Théorie du droit et analyse économique*, Droits, 2007.

⁵ D. Kennedy, *Sexy Dressing (violences sexuelles et érotisation de la domination)*, Flammarion, 2008 ; Legal Economics of U.S. Low Income Housing Markets in Light of "Informality" Analysis, *Journal of Law in Society*, 2002 ; Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 465, P. Newman, ed., Macmillan, New York, 1998.

⁶ M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

⁷ Voir É. Millard, Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes, in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

⁸ H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream", 11, *Georgia Law Review*, n° 5 ; Lacey, Nicola. *A life of HLA Hart: the nightmare and the noble dream*. Oxford University Press, 2004.

⁹ R. Posner, *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990 (contient le fameux : "A pragmatist Manifesto").

¹⁰ O.W. Holmes Jr., *The Path of the Law*, *Harvard Law Review*, 1897.

Je considère donc avoir par cet arrière plan commun la possibilité d'une sympathie *a priori* pour l'analyse économique du droit, ce qui peut distinguer les théoriciens empiristes de la plupart des juristes continentaux, peu familiers de ces approches du droit, lorsqu'ils ne sont pas directement hostiles (jusnaturalistes, formalistes, etc). Mais cette sympathie ne signifie pas communion, même si elle peut faciliter la compréhension peut-être (et pour filer la métaphore religieuse que l'un et l'autre combattent, si elle garde aussi et surtout de l'enthousiasme et du prosélytisme des convertis).

II. Opposition

Il est pratiquement impossible de dégager une position commune à toute l'analyse économique du droit sur ce qu'elle pourrait entendre par science du droit (pour autant que cette question ait un sens pour elle).

Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau font état finalement dans leur démarche d'une position qui n'est guère originale puisque pour l'essentiel elle s'inscrit dans l'héritage classique de la dogmatique civiliste : la fonction de la doctrine doit être de trouver de bonnes solutions, ce qui évidemment contraste avec l'intérêt de recourir à une approche novatrice (et en mon sens le réduit puisqu'il s'agit de rénover et non de changer de perspective épistémologique).

Richard Posner quant à lui, semble nier l'idée même d'une science du droit, si par celle-ci on entend une science autonome du droit. Il pousse à ses extrêmes la démarche réaliste, qui en déconstruisant l'objet pour lui redonner sa dimension sociale, l'inscrit pratiquement comme ressource pour l'action et cognitivement comme absorbé par les démarches des sciences de la société : le choix dans les deux cas appréhende le droit à travers l'autorité qui le fait.

Même si je me sens beaucoup plus proche de la démarche d'un Posner, qui change de paradigme, que de celle adoptée par Mackaay et Rousseau, je crois que demeure avec ces deux approches antithétiques une opposition. Il est possible pour les théoriciens empiristes de concevoir une science descriptive du droit qui décrive l'activité des autorités qui le font ; or cette science peut ne pas se confondre avec une sociologie au sens très large, dès lors qu'elle construit spécifiquement son objet : le discours de ces autorités c'est-à-dire les arguments et justifications avancées par ces autorités lorsqu'elles disent qu'une norme existe et se servent de cette norme pour décider dans un cas, et dès lors qu'elle construit sa méthode ; une analyse critique du langage de ces autorités.

De plus, la proximité avec la déconstruction posnérienne ne doit pas conduire à occulter une question essentielle pour une théorie de la science du droit : à supposer qu'effectivement il ne puisse y avoir après la déconstruction réaliste une science du droit qui soit autonome (donc qu'il ne puisse y avoir une analyse critique du langage à partir d'une métathéorie empiriste), les sciences qui pourraient se donner le droit comme objet sont au sens large des sociologies (et plus particulièrement une sociologie du type de celle mobilisée dans certains champs de la science politique) ; mais non une science économique, sauf à nier comme pour la science juridique qu'elle soit une science autonome et la réintroduire elle aussi dans la sociologie au sens large. Or il est clair que ce n'est pas là la démarche de Posner ou de la plupart des versions de l'analyse économique du droit, ce qui tend bien à montrer que l'accent mis sur l'analyse économique ne vise pas à remplir un programme scientifique (une science décrivant le droit dans quelque sens que ce soit) mais bien un programme prescriptif.

III. Reconstruction

L'analyse économique du droit (dans ses acceptions majoritaires, y compris Posner) n'est pas le résultat d'une déconstruction antiformaliste ; elle est une reconstruction qui a besoin de cette déconstruction pour pouvoir substituer son mode de prescription aux modes précédents.

Les points sur lesquels insistent les auteurs comprennent l'idée de bon choix (soutenue par l'idée de rationalité économique), l'idée d'une évaluation du droit (au regard de critères économiques) et l'idée que l'analyse économique doit ou peut servir de guide à la décision juridique.

Prescriptive dans un sens faible (parce qu'elle insiste sur les méthodes davantage que sur les contenus *a priori*), l'analyse économique du droit est donc, ainsi appréhendée, simplement une doctrine, ou, plus exactement une dogmatique, et non une théorie (ce qu'elle pourrait éventuellement être, mais c'est une autre question). Ce caractère dogmatico-doctrinal, pour être redessiné, est confirmé par la place prise chez Mackaay et Rousseau par l'interrogation sur la vieille question des fondements du droit, qui occupe toute la première partie de leur ouvrage¹¹.

Cette reconstruction et cette dimension prescriptive conduisent à poser deux questions, par rapport à l'interrogation qui nous occupe (l'apport de l'analyse économique du droit à la science du droit) : celle de la validité de l'économie (prescriptive) comme science et celle de la validité de la norme par rapport aux résultats livrés par l'économie si elle est une science (descriptive).

a) Il est possible d'abord que l'économie soit une science descriptive (et si cela est vrai on pourra passer à la question b). Mais pour répondre à cette question il faudra évidemment commencer par trancher entre des versions très concurrentes de l'économie, entre économie standard et économies hétérodoxes, elles mêmes multiples, ou du moins décider entre ces versions ce qui est commun (et la question épistémologique doit y figurer, avec son cortège des protocoles explicités de vérification des résultats) et ce qui diverge comme hypothèse théorique (sachant que dans le modèle d'une science descriptive, ces hypothèses théoriques n'ont de valeur que par leur capacité heuristique de description du monde). Même si l'analyse économique du droit est elle aussi traversée par ces conceptions concurrentes des sciences économiques, il demeure que le modèle standard de l'économie, particulièrement dans sa version de Chicago, est le modèle de référence le mieux partagé¹². Ce n'est pas le plus visiblement empirique.

Il est possible ensuite que l'économie à laquelle se réfère l'analyse économique du droit soit une science purement analytique, qui travaille sur des modèles, à partir d'axiomes comme celui éventuellement de la rationalité économique. Mais à cause justement de telles prémisses, il paraît difficile de se fonder sur elle pour guider la décision, évaluer l'existant, ou trouver la bonne solution. Tant qu'il n'y a pas confrontation au réel dans une démarche synthétique, le modèle analytique est vrai seulement parce qu'il est cohérent.

Il est possible enfin que ce que certaines démarches que l'on range dans les sciences économiques soient purement prescriptives et idéologiques : qu'elles affirment d'autorité la supériorité de certains modèles (le marché non régulé, la rationalité économique, etc.) et se parent pour renforcer leur autorité du nom de science, sans se contraindre à la méthode des sciences.

¹¹ E. Mackaay et St. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2ème éd., Dalloz, 2008, pp. 22-177.

¹² Même si à l'Université de Chicago elle-même son hégémonie est (au moins à la marge) contestée et si au sein de l'analyse économique du droit comme mouvement d'autres modèles sont mobilisés.

b) Même si la question précédente est d'importance (et je laisse aux économistes le soin de la trancher, c'est-à-dire à ceux qui affirment que la démarche économique est une démarche scientifique le soin d'élucider quelles démarches sont visées et quelles conceptions de la science), elle ne change en réalité pas le fond du problème. La validité d'une norme ne dépend en rien de la vérité d'une proposition ; elle ne dépend que d'un fait d'autorité qui fonde un système ou qui est reconnu par un système.

On peut démontrer que tel type de règle a tel effet sur l'économie, par exemple que le marché non régulé par des règles de droit permettrait une meilleure satisfaction des besoins de chacun en fournissant les meilleurs biens au meilleur prix, que le choix de certaines politiques publiques aurait tel effet sur l'accroissement ou la baisse du chômage, etc. *So what ?*

La norme n'a pas pour fonction de dire ce qui est, mais de prescrire ce qui doit être. Or il n'existe aucun argument valable qui lie automatiquement une proposition scientifique décrivant ce qui est à une prescription de ce qui doit être. Sur le plan logique : Hume, encore et toujours, évidemment, et cela est suffisant. Mais posons aussi la question en d'autres termes.

D'une part, il est clair que la formulation retenue par l'analyse économique du droit est telle qu'elle laisse planer le doute : elle veut guider la décision et non la provoquer. Mais elle veut aussi évaluer la décision, et dire ce que sont les bons choix. La gradation des termes valoratifs est telle que si le doute reste permis, il est peu plausible. Il s'agit bien de dire que le politique et le juridique peuvent ne pas suivre l'enseignement économique, mais que la bonne décision et le bon droit sont du côté de ceux qui les suivent.

D'autre part, se pose la question du facteur unique. Pourquoi le savoir économique serait l'élément à prendre en compte, et non d'autres critères aussi, quels qu'ils soient (moraux, esthétiques, disciplinants, etc.) ? L'analyse économique du droit est ici aussi réductrice que la vulgate marxiste de l'irréductibilité de l'infrastructure et du mécanisme de l'histoire. Il n'y a pas de place pour l'action humaine, et pour son action sur sa destinée. Le politique, et dans les États modernes la décision juridique qui est acte politique, consiste pourtant à choisir, à hiérarchiser des priorités ; dans une démocratie, ce choix est légitime par son imputation au peuple souverain, et non à un savoir quel qu'il soit. Le modèle de la décroissance est à cet égard extrême mais intéressant : toutes les théories économiques que mobilise l'analyse économique du droit dans toutes ses versions affirment la prévalence d'un modèle de développement et de croissance. Il est aisé d'en constater les bienfaits matériels, et les conséquences positives de ces bienfaits matériels (santé, relative paix, etc.) ; il serait malhonnête cependant d'affirmer que ces bienfaits ne s'accompagnent pas de nuisances (pollutions, précarité, nouvelles maladies, nouveaux rapports individuels, etc.). Qui doit arbitrer pour décider si les bienfaits doivent continuer à prévaloir sur les nuisances, ou si il faut tenir compte des nuisances pour les réduire (quitte à limiter la croissance et les bienfaits) ou si encore il faut considérer que les nuisances ne sont pas acceptables et refuser les bienfaits et la croissance (et éventuellement inventer autre chose) ? *En raison*, nous dira-t-on, les bienfaits doivent prévaloir, limités ou non. *En raison*, le discours scientifique le montrera, mais parce que justement ce discours construit les faits en ces termes (bienfaits/nuisances). *En raison*, dès lors, il n'est pas besoin de décider politiquement. *En raison*, ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une démocratie. C'est le rêve de toute idéologie, y compris de l'idéologie scientiste. Mais ce n'est pas compatible avec les valeurs aux fondements des systèmes démocratiques.

On peut comme les réalistes notamment ne pas concevoir de morale vraie (en refusant toute morale *a priori*) et cependant vouloir (ou accepter de) tenir compte de convictions morales fortes, personnelles ou partagées, ou d'autres considérations, pour fonder la décision.

L'analyse économique du droit est ici passible de la même déconstruction que celle qui lui permet d'exister : il n'existe aucun élément qui fonde la validité de la norme sinon l'acte de pouvoir, même pour les éléments liés au savoir économique ou à une idéologie de l'économie ; par conséquent l'analyse économique du droit ne peut être ni une science autonome du droit, ni une science alternative du droit, ni une analyse autonome du droit. L'analyse du droit ne peut ignorer les facteurs économiques, mais elle ne peut non plus se limiter à eux, ni s'y référer sans recul critique.

IV. Usage

Et c'est bien dans cette appréhension dans une démarche critique que l'analyse économique du droit devient à mon sens intéressante : dans un usage qui tient compte de l'analyse économique du droit mais qui la dépasse.

Un usage qui dépasse d'abord sa prétention à dire ce que doit être le droit, la règle, la norme, la décision : voilà une question politique et réduire à cette fonction l'analyse économique du droit (ce que la vulgate de l'analyse économique du droit produit, d'autant plus que ses promoteurs les plus zélés ne s'en cachent pas) ne fait que renforcer son caractère d'instrument idéologique de légitimation d'un choix politique. Pour autant, même prise en ce sens, l'analyse économique du droit ne perd pas pour l'analyse critique tout intérêt parce qu'elle permet de souligner ce qui était loin d'être une évidence dans la conception classique du droit des pays de droit civil : que l'économie fait partie, autant que la morale, des enjeux politiques du droit.

Un usage qui ensuite, en continuant à affirmer que l'on ne peut dire ce qu'est la règle de droit qu'à partir d'une méthode empirique, s'intéresse à l'analyse économique du droit en tant que discours. Croyance partagée, ou en voie de partage tout au moins, à la fois par des juges¹³ et une doctrine (c'est bien là l'objectif affiché de l'ouvrage de Mackaay et Rousseau), elle permet de comprendre ce qui à un moment devient le droit, c'est-à-dire ce que font des autorités que l'on dit juridiques, et pourquoi elles le font.

L'analyse économique du droit *n'est pas une science* (du droit ou d'autre chose), elle n'est ni vraie ni décidable. Mais elle est devenue un *objet de la science du droit* parce qu'elle est efficace : non pas (seulement ?) économiquement ou techniquement, dans ses effets sur le monde, mais surtout comme idéologie partagée par un nombre croissant de juristes, donc comme élément de l'idéologie juridique, perçue comme socialement "obligatoire" par des autorités juridiques qui s'y réfèrent dans des actes concrets comme l'interprétation des énoncés ou la décision. Elle est devenue un objet de la science du droit parce que la production du droit repose en partie, et de plus en plus, sur des réactions à des discours de ce type.

¹³ Par exemple Assemblée du contentieux du Conseil d'État, 11 mai 2004, Association AC ! et autres.

LE “CONCEPT DE DROIT” HARTIEN ET L’ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

Par

Jean-Yves Chérot

*Professeur à l’Université Paul Cézanne – Aix Marseille III
Laboratoire de théorie du droit, EA 892*

L’analyse économique est souvent présentée comme introduisant des données fondamentalement nouvelles dans la science du droit¹. Mais il serait *a priori* étrange, compte tenu de la richesse et de la profondeur des spéculations sur le droit, que les approches anciennes ou contemporaines du droit ne soient pas en mesure d’offrir des points de vue pertinents pour analyser les propositions de l’analyse économique du droit.

Si, dans leur grande majorité, les auteurs qui pratiquent l’analyse économique du droit n’ont pas cherché à théoriser leur approche sur le concept de droit ou sur les conditions épistémologiques d’une connaissance dans le domaine de la science du droit, cela n’est pas le cas général, et ce n’est pas le cas notamment grâce à la remarquable exception que constitue l’oeuvre de Richard A. Posner à partir du moment où il a déclaré son ralliement à une approche pragmatique du droit² et en a tiré profit pour réaménager ses propositions sur l’analyse économique du droit³.

Le dialogue est facilité également par les “héritages” que porte l’économie du droit. Même si la nouvelle analyse économique du droit qui naît dans les années soixante a peu de racines historiques directes dans le courant ou le mouvement du “*legal realism*”⁴ et même si l’héritage des réalistes a été récusé par exemple par R.A. Posner⁵ et par Ejan Mackaay⁶, elle a quand même bénéficié du chemin ouvert par la

¹ Robert Cooter et Thomas Ulen, deux des économistes qui ont participé le plus activement à l’institutionnalisation de l’analyse économique du droit, ont prétendu que “economics has changed the nature of legal scholarship, the common understanding of legal rules and institutions and even the practice of Law”, *Law and Economics*, 3^e ed., 2000, p. 3.

² Richard A. Posner, “A Pragmatic Manifesto”, in *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, p. 454 ; *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995 ; *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, 2003.

³ Voir notamment Richard A. Posner, “Pragmatism, Economics, Liberalism”, in *Overcoming Law*, précité, p. 3 s. ; Daniel Ostas, “Postmodern economic analysis of law : extending the pragmatic visions”, 36, *American Business Law Journal*, 1998, p. 193.

⁴ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, 1999. Voir aussi dans la livraison de ce Cahier les articles de Marc Deschamps et de Frédéric Marty.

⁵ Voir le refus de Posner d’assumer cet héritage “réaliste”, même indirectement (chapitre introductif de *Overcoming Law*, ouvrage précité, 1995). “Nous n’avons aucun désir d’être regardés ou désignés comme les héritiers de Fred Rodell ou de William Douglas, Jerome Franck ou encore Karl Llewellyn. Le mouvement “*law & economics*” doit peu au réalisme juridique, peut-être même rien à part le fait que Donald Turner et Guido Calabresi, des figures pionnières dans l’application de l’économie du droit, ont reçu leur diplôme à Yale et ont peut être été influencés par la tradition de l’école du réalisme juridique qui a été de regarder le droit depuis la perspective des autres disciplines”. Il ajoute que “bien que le réaliste Robert Hale eut anticipé certaines des découvertes du mouvement droit et économie, la plupart des chercheurs modernes de ce courant ont été dans l’ignorance de ses travaux jusqu’à

contestation par les “réalistes” américains du modèle conceptuel et déductif du droit d’“une science du droit” autonome et formelle⁷. C’est sur le succès aux États-Unis de cette contestation du modèle formaliste que le courant *Law & economics* a pu trouver dans les *law schools* le terrain propice à sa réception et à son relatif succès.

La confrontation de l’analyse économique du droit avec les théories positivistes modernes qui tentent de rendre compte du droit comme phénomène normatif tout en marquant une préoccupation particulière pour le respect de la différence entre le droit et la philosophie morale et politique ouvre un dialogue difficile. En effet, soit l’analyse économique du droit prétend expliquer les conséquences économiques et sociales de telle ou telle règle ou jugement de droit et elle intéresse la science économique ou les sciences sociales, mais non une science du droit cherchant à rendre compte du caractère normatif et obligatoire des normes de droit, soit elle propose d’offrir un critère de jugement normatif sur ce que devrait être la bonne décision, mais elle est largement en porte-à-faux avec cet attachement si fort dans la science du droit en faveur de la distinction entre “le droit tel qu’il est” et “le droit tel qu’il devrait être”⁸.

Il est pourtant intéressant malgré les distances au départ de chercher quel dialogue le *Concept de droit* tel que construit par Hart⁹ peut offrir à une discussion sur l’analyse économique du droit. Naturellement, il s’agit de chercher à confronter “*Le Concept de droit*” non pas aux thèses portant sur une institution juridique particulière, mais aux thèses les plus générales de l’économie du droit, telles que la thèse sur le comportement des participants au droit (la thèse dite béhavioriste) et la thèse instrumentale et finaliste du droit.

La confrontation directe entre Hart et Posner peut sembler à première vue sans grand intérêt tant les points de communication paraissent inexistant entre le projet posnérien d’ordre pragmatiste et surtout purement empirique et le projet hartien qui est, malgré son appel à sociologie descriptive, de rendre compte scientifiquement du caractère normatif et obligatoire du droit (et même peut-être, comme Dworkin l’analyse, de rendre compte finalement de ce qui justifie le recours à la force du droit). La confrontation pourtant garde tout son sens et son intérêt lorsqu’il est question non du fondement du droit (question que Posner déclare sans intérêt) mais du rôle de la règle de droit dans l’application du droit par les juges (l’adjudication). La confrontation entre la théorie que propose l’analyse économique sur le comportement des participants au système juridique et le concept de droit présente également un fort intérêt tant elle est importante pour le *Concept de droit* hartien lui-même.

récemment. Bien que refusant le legs du réalisme, l’analyse économique du droit refuse d’aller vers l’autre extrême et de baptiser le *L&E* avec un nouveau formalisme. Le formalisme et le réalisme ne divisent pas le champ de la théorie du droit entre deux seulement. Le chemin du milieu peut être celui du pragmatisme” (traduction libre par l’auteur).

⁶ Voir également Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau selon lesquels l’analyse économique est une réponse appropriée à la “vulnérabilité du message essentiellement anti-théorique, nihiliste formulé par le courant du réalisme juridique américain au début du XX^e siècle” (*Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, n° 2156).

⁷ Voir aussi dans ce Cahier, l’opinion d’Éric Millard.

⁸ Voir les mêmes observations chez Bruno Deffains et Samuel Ferey, “Théorie du droit et analyse économique”, *Droits*, 45, 2007, p. 223.

⁹ *The Concept of Law*, second edition, 1994, with a new poscript, Oxford UP ; traduction française par Michel van de Kerchove, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

Ce sont ces deux points que l'on abordera en esquisant seulement des pistes de réflexion. Le premier de ces points concerne la confrontation des concepts de règle sociale et de droit chez Hart à la thèse sur le comportement des participants au système juridique défendue dans l'analyse économique. Le deuxième de ces points concerne le rôle de la règle de droit dans l'adjudication du point de vue de la comparaison des thèses de Hart et de Posner.

I. Les notions de règle sociale et de droit chez Hart face à la thèse behavioriste

A. Première approche de la problématique

Au cœur de l'analyse économique du droit, traversant les divers courants qui s'y sont développés, fondant les autres thèses, on trouve une thèse centrale sur le *comportement* des sujets de la règle de droit (que Lewis Kornhauser appelle la "thèse behavioriste"¹⁰). Selon cette thèse, les sujets de la règle de droit ne la regardent pas comme une règle de conduite commune permettant d'évaluer leur propre comportement et celui des autres, interprétée selon leur conscience, mais comme un élément du calcul rationnel de leurs actions en vue d'atteindre la maximisation de leur satisfaction. La règle de droit peut ainsi, compte tenu du comportement de ses sujets, créer des incitations qui peuvent être bénéfiques à la société ou conduire à des décisions désastreuses, loin ou même à l'opposé des objectifs poursuivis par le législateur. L'analyse économique du droit propose d'introduire des hypothèses sur le comportement non seulement des sujets de la règle de droit, mais aussi des législateurs et des juges. Les hommes endossant ces rôles officiels devraient eux-mêmes être considérés comme des hommes ordinaires et, compte tenu éventuellement des rôles institutionnels qui sont les leurs, avoir des comportements de type stratégique à la recherche de satisfactions et d'intérêts personnels. Plusieurs hypothèses sur le comportement des juges sont proposées. Dans certaines approches, ce que les juges rechercheraient comme objectif principal, ce serait le renforcement de leur "autorité", notamment de leur autorité dans la communauté des juges et plus largement des juristes, de telle sorte que leur intérêt personnel les conduirait assez naturellement à endosser de façon assez étroite leur rôle institutionnel. Richard A. Posner a élaboré une théorie assez différente et plus élaborée en ce qui concerne les juges des cours fédérales aux États-Unis¹¹.

La théorie standard suppose un comportement rationnel. Des théories alternatives utilisent le concept de "rationalité limitée" ou introduisent d'autres facteurs cognitifs. Je ne discute pas ici de sa pertinence théorique, de son caractère scientifique (est-elle falsifiable ?) ni de sa pertinence empirique, ni même de sa critique ou reconstruction dans les travaux de A. Sen¹² qui y ajoute les dimensions de compassion et d'engagement.

Regarder le droit (ou les sanctions en cas de violation des obligations juridiques) comme un prix à payer, intégré dans les calculs rationnels des acteurs en vue de leurs fins personnelles peut paraître destructeur du concept de règle sociale telle que proposée par Hart et de son concept de droit fondé sur les règles. Car, en

¹⁰ Notamment, Lewis A. Kornhauser, "L'analyse économique du droit", *La Revue de Synthèse*, n° 118-19, 1985, p. 313.

¹¹ "What Do Judges Maximize ?", in *Overcoming Law*, précité, p. 109 s. Pour un exposé de la thèse de Posner sur ce point, voir dans ce n° des *Cahiers de méthodologie juridique*, Marc Deschamps et Frédéric Marty, "L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ?".

¹² Amartya Sen, *Éthique et économie*, PUF, 1993, trad de *On Ethics and Economics*, Blackwell, 1991.

partant de l'observation selon laquelle il y a une différence entre "être obligé de" et "avoir une obligation de", il construit une théorie selon laquelle la règle sociale ne se comprend dans sa dimension normative que du point de vue de la "signification" qu'elle peut avoir pour les acteurs (ce qu'il appelle le "point de vue interne") et cette signification d'une règle sociale ne peut être, du point de vue interne des acteurs, que celle d'une norme reconnue comme un guide de conduite, un élément d'évaluation de leurs comportements comme de celui des autres, en somme, comme le dit Hart, une "raison" ou une "justification" de l'action ou du jugement en droit.

Cependant le modèle hartien dans ses différentes composantes est plus faible et il a été encore affaibli après les critiques qui lui ont été adressées.

a) Hart a reconnu, en réponse à une critique de Dworkin, que le point de vue interne d'ordre critique et réflexif à l'égard d'une pratique sociale ne pouvait transformer cette pratique en une "règle" ou une norme que si c'était précisément le "consensus de convention" qui résultait de la pratique sociale en cause qui pouvait être la "raison" même de voir dans la pratique une règle¹³. Hart a pris acte de l'affaiblissement de sa théorie dans la postface de la deuxième édition du *Concept de droit* : "ma description des règles sociales n'est applicable qu'à des règles qui sont conventionnelles, dans le sens que je viens d'expliquer. Cela limite considérablement la portée de ma théorie fondée sur la pratique et je ne la considère plus comme une explication correcte de la morale, qu'elle soit individuelle ou sociale. Cependant, la théorie demeure une description fidèle des règles sociales conventionnelles qui comprennent outre les coutumes sociales ordinaires, certaines règles juridiques importantes, y compris la règle de reconnaissance qui est effectivement une sorte de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit".

b) Il en résulte un plus fort appui encore de la part de Hart à sa thèse selon laquelle on ne peut comprendre le concept de droit que si on analyse le système juridique comme une "union" de règles secondaires et primaires (les règles secondaires étant les règles qui permettent de reconnaître et de produire les règles primaires, lesquelles sont celles qui adressent directement des obligations aux particuliers) et en particulier si l'on distingue très clairement les règles valides et donc obligatoires en vertu de la règle de reconnaissance (sans que le point de vue interne des participants n'ait plus de rôle à jouer) et la règle de reconnaissance dont le caractère normatif et obligatoire ne vient que de ce que les participants au système acceptent de voir du point de vue interne réflexif et critique dans les pratiques sociales convergentes sur ce qu'est le droit dans une société les raisons mêmes de leur action et de leur jugement en droit.

À partir de ce schéma simplifié, la thèse de l'analyse économique du droit sur le comportement des acteurs dans le système juridique est loin d'être incompatible avec le concept de droit. Mais, en même temps, à l'accepter, on risque de complètement détruire le *Concept de droit* hartien ou du moins sa raison d'être.

¹³ "Ma conception est, comme l'a affirmé Dworkin erronée en ce qu'elle ignore la différence essentielle entre un consensus de convention manifesté dans les règles conventionnelles d'un groupe et un consensus de conviction manifesté dans les pratiques convergentes d'un groupe. Les règles sont des pratiques sociales conventionnelles si leur observance générale par un groupe fait partie des raisons que les individus qui en sont membres ont de les accepter" (Hart, Postface à la deuxième édition du *Concept de droit*, précité, note 9).

B. L'approfondissement de l'analyse

1. L'intérêt de l'analyse économique dans l'élaboration du concept de droit

L'intérêt du recours à l'analyse économique s'exprime dans l'analyse de la règle de reconnaissance. Pour pouvoir expliquer comment du simple fait de la convergence de comportement et de croyances dans ce qui est le droit, on puisse voir une règle ou les sources d'une règle (à priori contre toute logique puisqu'une règle étant destinée à guider des comportements, elle ne peut en principe se confondre avec eux), il a fallu dans certaines versions explicatives du *Concept de droit* admettre qu'une convention sociale puisse être la source d'une règle en la comparant à une "convention de coordination" telle qu'elle peut être expliquée par les jeux à conflits partiels¹⁴.

Tout cela est loin d'être étranger aux présentations classiques que l'on trouve chez Hart dans la première édition du *Concept de droit*. Hart y a défendu l'idée que les raisons de reconnaître des pratiques comme des règles n'étaient pas nécessairement fondées sur une morale de conviction, mais pouvait reposer sur des considérations stratégiques notamment. Pour Hart, un système juridique existe, si les juges voient dans les règles de reconnaissance et plus largement dans les règles secondaires du système les "raisons" ou les "justifications" de leur jugement en droit. Hart souligne qu'il suffit pour que le point de vue interne soit respecté que les règles soient des raisons d'agir, *quelle que soit la nature de ces raisons*. Il n'est pas nécessaire que ces raisons soient des raisons morales ou des raisons tenant au contenu des règles elles-mêmes ; il peut s'agir de raisons d'ordre stratégiques ou de recherche de reconnaissance d'autorité et de pouvoir de la part des officiels ou des juges. "*Il n'est même pas vrai que ceux qui acceptent volontairement le système doivent se considérer eux-mêmes comme moralement tenus d'agir ainsi, bien que le système connaisse sa plus haute stabilité lorsqu'ils agissent de cette manière. En fait, leur allégeance au système peut se fonder sur une série de considérations différentes : des calculs d'intérêt à long terme, un souci désintéressé à l'égard d'autrui, une attitude non critique héritée ou traditionnelle, ou encore le simple désir d'agir comme les autres. Il n'y a en effet aucune raison qui empêche ceux qui acceptent l'autorité du système d'interroger leur conscience et de décider que, moralement, ils ne doivent pas l'accepter, mais que, pour diverses raisons, ils continuent à agir ainsi*" (Le concept de droit, 2005, p. 220).

2. L'acceptation de la thèse behavioriste à l'égard des règles primaires

Indépendamment des apports que l'on peut trouver dans l'analyse économique du point de vue des "fondements" du droit à travers l'explication de la règle de reconnaissance, on peut encore observer que le fait que les citoyens se comportent à l'égard des règles primaires d'un point de vue "économico/rationnel" ne peut être considéré a priori comme une menace pour le concept de droit.

Hart avait déjà dans la première édition du *Concept de droit* pris soin d'observer que si les citoyens avaient ou pouvaient adopter un point de vue interne

¹⁴ Voir notamment l'explication du recours à la théorie des jeux dans Jules Coleman, *The Practice of Principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*, OUP, 2001, p. 92. "Arguably, Hart conceived the rule of recognition as what we would nowadays refer to as a "coordination convention", in the formal or game-theoretic sense".

d'acceptation à l'égard des règles au point d'y voir leurs raisons ou justifications d'agir et de jugement, cela n'était pas nécessairement le cas de tous les citoyens et que cela n'avait pas de conséquence sur l'existence du point de vue hartien d'un système juridique, dès lors qu'un système juridique est une union de règles primaires et secondaires et que seules les règles secondaires (en fait uniquement la règle de reconnaissance) ont besoin d'être regardées comme une règle sociale. Même si d'un point de vue sociologique le fait que les citoyens puissent voir dans les règles primaires des raisons mêmes de leur action peut renforcer la stabilité du système, cela n'est pas un élément déterminant (elles sont des règles de droit parce qu'elles sont "valides" en raison de la conformité de leur construction aux critères et aux tests du droit contenus dans les règles secondaires et notamment dans la règle de reconnaissance). Même si d'un point de vue politique, le fait que les citoyens adhèrent aux règles de droit fait du système juridique un système meilleur, cela n'est pas non plus nécessaire pour reconnaître dans le système un système juridique. Chez Hart, le "point de vue interne" et le "point de vue externe" n'opposent pas tant l'observateur extérieur et les participants du système que les participants entre eux. Il suffit de citer deux phrases clef dans le livre *Le concept de droit*.

a) *"À tout moment, la vie de n'importe quelle société vivant sous l'empire de règles, qu'elles soient juridiques ou non, risque de connaître une tension entre ceux qui, d'une part, acceptent les règles, participent spontanément à leur maintien et considèrent ainsi leur propre comportement et celui d'autrui en fonction des règles, et ceux qui, d'autre part, rejettent les règles et n'y prêtent attention que du point de vue externe, comme étant le signe d'une peine éventuelle. L'une des difficultés auxquelles se heurte toute théorie du droit soucieuse de rendre justice à la complexité des faits, consiste à se souvenir de la présence de ces deux points de vue, et à ne pas considérer l'un d'eux comme inexistant"*.

b) *"Lorsque nous avons affaire à une union de règles primaires et de règles secondaires, union qui constitue le modèle le plus fécond d'un système juridique, l'admission des règles comme normes communes au sein du groupe peut être dissociée d'une forme relativement passive d'acquiescement aux règles de la part des simples particuliers, qui consiste à leur obéir, chacun pour sa part seulement"*.

Hart ne nie pas que ce que Holmes a appelé le "*bad man*"¹⁵, le "méchant homme", existe et il reconnaît que l'existence de citoyens adoptant un point de vue externe ne met pas en danger la possibilité de reconnaître l'existence d'un système juridique dès lors que les juges eux-mêmes acceptent les règles secondaires du système juridique et y voient leurs raisons de juger. On observera encore avec B. Deffains¹⁶ que lorsque Hart, dans une de ces conférences, parle de Posner et de l'analyse économique appliquée au droit, c'est de façon apaisée et sans émettre de critique sur la thèse behavioriste relative au comportement des citoyens¹⁷.

¹⁵ "If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside it, in the vaguer sanctions of conscience" (O.W. Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review*, 10, 1898, p. 461).

¹⁶ Voir note 8.

¹⁷ Hart, "American Jurisprudence through English Eyes : the Nightmare and the Noble Dream", 11, *Georgia Law Review*, n° 5.

3. Les menaces sur la stabilité du Concept de droit

Cependant, il devient urgent de se demander si l'introduction trop accueillante des thèses de l'analyse économique ne met pas en danger la stabilité du concept de droit et plus encore sa raison d'être en ramenant le positivisme hartien vers le positivisme austinien.

Il y a une double limite que Hart ne devrait pas franchir.

La première est la suivante : dès lors que l'attitude interne des citoyens à l'égard des règles de droit primaire n'est pas un élément essentiel du système, il devrait être considéré que l'acceptation, du point de vue interne, par les citoyens de la règle de reconnaissance est un élément essentiel qui distingue le droit fondé sur le pouvoir brut du droit fondé sur la légitimité et l'autorité. Pourtant, tout en reconnaissant que le cas est extrême et pathologique¹⁸, Hart a écrit aussi qu'«à la limite, le point de vue interne et l'usage normatif pourraient se limiter à la sphère des autorités» (p. 136)¹⁹.

Il est vrai que Hart vise ici le cas d'un système politique injuste où par exemple le pouvoir est confisqué par une minorité et auquel les citoyens ne peuvent accorder leur acceptation mais tout au plus sous la menace de la force leur obéissance (hypothèse qu'il appelle celle du «citoyen impuissant») et non le cas du «bad man» holmésien qui pourrait à la fois accepter la règle de reconnaissance tout en agissant de façon externe à l'égard d'une partie des règles primaires. Il paraît en tout cas difficile d'étendre, en suivant les prémisses de Hart, à un système où il serait dit que les citoyens ne pratiquent les règles que d'un point de vue purement externe en vertu du concept de droit la qualification de système juridique. Même en présentant le système juridique comme une union et une combinaison de règles primaires et secondaires, on ne peut supposer que la convention sociale qu'est la règle de reconnaissance puisse donner naissance à une obligation de la part des citoyens de respecter le droit créé par les «officiels» si les citoyens ne sont pas partie prenante à cette convention. Le système juridique minimal décrit par Hart dans le cas pathologique du «citoyen impuissant» n'est pas moins coercitif et pas moins incapable à expliquer l'existence d'une obligation juridique que ne l'était le système austinien.

La deuxième limite concerne une interrogation sur la stabilité du concept de droit fondé sur le seul comportement stratégique des juges hors toute idée de conviction. On ne cherchera pas ici à vérifier si les hypothèses de Posner sur le comportement des juges (voir références en note 11) sont compatibles avec le concept de droit hartien. Nous voulons simplement attirer l'attention avec Stephen

¹⁸ «Dans une société saine, ils (les citoyens) accepteront souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la constitution».

¹⁹ Théorisant l'observation, il ajoute qu'il y a par conséquent deux conditions minimales nécessaires et suffisantes pour qu'existe un système juridique. «La première condition est la seule à laquelle les simples citoyens doivent nécessairement satisfaire : ils peuvent obéir chacun pour sa part seulement et pour quelques motifs que ce soit (dans une société saine ils accepteront souvent en fait ces règles comme des modèles communs de comportement et reconnaîtront l'obligation d'y obéir ou même feront remonter cette obligation à l'obligation plus générale de respecter la constitution). Quant à la seconde condition, seules les autorités appartenant au système doivent également la remplir. Il faut qu'elles considèrent ces règles comme des modèles communs du comportement qu'elles adoptent dans l'exercice de leurs fonctions et qu'elles apprécient de manière critique leurs propres écarts de conduite et ceux de tout autre comme des manquements».

Utz²⁰ sur la menace pour le projet hartien d'une approche du droit en terme de "jeux".

II. La thèse descriptive et l'approche instrumentale du droit face au concept de droit fondé sur des règles

L'analyse économique ajoute à la thèse béhavioriste une observation qui en découle, celle de regarder le droit de façon instrumentale. Si les citoyens se comportent en fonction des avantages et inconvénients qui peuvent venir de l'application de la règle, en retour le juge dispose de la possibilité de mesurer les effets de ses décisions sur ces comportements et, à travers eux, sur certains résultats que ses décisions pourraient avoir sur la société. Pourrait-il y rester indifférent et ne pas en tenir compte, même si cela le conduisait à prendre en considération des faits, même *a priori* non pertinents au regard des analyses textuelles et sémantiques de la règle de droit ?

A. Première approche

Dans la pensée de Hart, il ne découle pas du fait que le droit soit fondé sur les règles que les règles puissent toujours servir de points de décisions dans tous les cas.

a) Les termes utilisés dans la règle ont une "texture ouverte" qui laisse dans certains cas une décision d'interprétation à prendre.

b) Cette décision relative à l'interprétation n'est en rien une opération qui pourrait être traitée de façon automatique par le recours à la logique (Hart est aussi conscient que les réalistes, Kelsen, Gény ou Posner que les méthodes d'interprétation ne sont en rien des procédés logiques).

c) Cette décision relative à l'interprétation relève plus d'un pouvoir discrétionnaire du juge que de la découverte du droit. En d'autres termes, si le fait que les juges aient besoin dans certains cas d'avoir recours directement à un jugement sur les conséquences de leurs décisions et sur les fins du droit, cela ne signifie pas que ces éléments font partie du droit.

d) Hart comprend ce pouvoir discrétionnaire de façon modérée²¹ et reconnaît que l'on puisse très bien, d'un point de vue instrumental ou pragmatique, distinguer des décisions plus adaptées ou intelligentes que d'autres.

e) Surtout, si, selon Hart, le fait que les juges aient besoin dans certains cas d'avoir recours directement à un jugement sur les fins de la règle ou sur les fins du droit, cela ne signifie pas que cela soit toujours nécessaire.

Un tel schéma peut encore assez facilement accueillir pour partie une approche économique du droit qui respecterait certaines précautions, je dirai des

²⁰ Voir Stephen Utz, "Le concept hartien d'obligation juridique", rapport au colloque "la dichotomie faits/valeurs, Aix, Laboratoire de théorie du droit, janvier 2008, à paraître : "Il est possible que Hart n'exige des juges et des divers fonctionnaires des systèmes juridiques que le point de vue de joueurs sérieux, rien de plus. Si c'est le cas, je suggère que son critère de distinction des systèmes juridiques n'est pas fidèle à sa théorie de l'obligation juridique. La disposition de joueurs, y compris de joueurs sérieux, n'est pas comparable à la disposition de ceux pour qui une loi est digne de respect dans leurs décisions pratiques. L'essence des jeux est qu'ils sont des exceptions à la vie normale. Hart lui-même décrit les règles de jeu comme étant "d'une portée très limitée", comparable aux vogues d'habillement. De telles règles sont justement celles auxquelles la gravité des normes morales ou des jugements moraux font défaut".

²¹ Contrairement à la présentation que Dworkin donne de la thèse de Hart sur le pouvoir discrétionnaire du juge.

précautions élémentaires (telles que celles que Richard A. Posner a introduit dans ses propositions sur l'analyse économique du droit²²).

Selon la version pragmatique de la décision judiciaire et la relecture qu'elle permet de l'analyse économique du droit, R. A. Posner peut présenter une théorie de l'adjudication qui reste encore, dans certaines limites, compatible avec le concept de droit de Hart.

a) Ce n'est que lorsque la règle de droit, contenue dans le précédent ou dans la loi, n'est pas clairement impérative dans le cas à trancher, qu'il est utile de tenir compte des conséquences de la décision sur la société et d'adapter la règle de droit selon l'expérience.

b) Dans la refondation de l'analyse économique du droit qui est entreprise par Posner dans le cadre du pragmatisme, l'économie, comme les sciences sociales, ont un rôle à jouer dans l'approche pragmatique du droit qui doit animer les juges car sans le recours à ces sciences les propositions pour un droit antidogmatique, instrumental et empirique deviendraient assez largement vides de signification. L'économie est une science instrumentale par excellence. Elle permet de modéliser les comportements et de prévoir les conséquences des règles. R. A. Posner émet ainsi l'hypothèse selon laquelle certains concepts économiques seraient en mesure de rendre compte du contenu des règles de droit élaborées par les juges. Sa première vérification sous forme d'analyse doctrinale donne naissance à la thèse connue sous le nom de "thèse descriptive" (selon la typologie proposée par Lewis Kornhauser, art. précité). Selon cette thèse, les règles, les précédents, voire les principes de la *common law* sont efficaces et cette efficacité est un instrument pour rendre compte, expliquer et faire vivre l'application du droit²³.

c) Dans une telle refondation, l'économie ne joue pas le rôle d'un nouveau dogmatisme permettant de déduire des conséquences dans tous les cas à partir d'un petit nombre de concepts, étrangers aux lois, aux traditions et ne résultant que de constructions doctrinales arbitraires. Une analyse économique du droit insérée dans une approche pragmatique du droit ne fait plus de la maximisation du bien être une finalité unique et absolue destinée à s'appliquer dans tous les cas. D'une part, l'approche pragmatique du droit conduit Posner à reconnaître que les règles de droit, quand elles sont claires et déterminées, contenues ou non dans des précédents, doivent en principe être respectées et que lorsqu'elles ne le sont pas, l'approche économique ne peut au mieux être pertinente que dans certains domaines ; elle n'est pas adoptée aux domaines qui concernent les valeurs de redistribution ; elle doit être exclue des questions morales où elle est controversée ; elle peut en revanche être d'un plus grand secours dans les domaines de la justice correctrice.

d) Certes le pragmatisme invoqué n'est pas pleinement de nature à éviter tous les reproches adressés à l'analyse économique appliquée au droit. Il ne fait pas de doute que la comparaison par exemple entre R. A. Posner et Holmes fait apparaître une différence majeure entre l'empirisme expérimental dans le prolongement de la philosophie pragmatique et du scepticisme à l'égard des dogmes de l'un (Holmes) et le dogmatisme économique de l'autre (Posner). Certes, Holmes introduit des thèmes

²² Voir supra la note 3.

²³ La thèse a été défendue dans l'ouvrage classique de Posner, *Economic analysis of law*, plusieurs fois réédité et dans des articles classiques notamment en ce qui concerne le droit de la responsabilité. Voy. William M. Landes and Richard A. Posner, *The economic Structure of Tort Law*, Harvard U.P., 1987. La thèse descriptive a été critiquée dès qu'elle a été exposée, notamment parce que selon ces critiques aucun critère unique ne permet de rendre compte ni de l'ensemble ni même d'un domaine limité de la *common law*. Voir J.M. Balkin, "Too good to be true : the positive economic theory of law", book review essay on *The economic structure of Tort Law* by Landes and Posner, 87, *Columbia Law Review*, 1987, p. 1447.

qui seront ceux d'une partie de l'analyse économique du droit : le juge doit se comporter selon l'expérience en tenant compte des conséquences des décisions qu'il va rendre compte tenu des réactions du méchant homme (le droit est affaire d'expérience). Et il doit, dit-il, se comporter notamment en économiste. Mais Holmes ne propose aucun dogme économique destiné à remplacer les dogmes du droit de son temps, bien au contraire, il exclut l'existence de tout dogme économique dans le droit comme en témoigne sa célèbre opinion dissidente dans l'affaire *Lochner*²⁴. Posner a bien vu la différence et il a cherché à la contenir en faisant remarquer que le conceptualisme économique ne pouvait pas être en soi une erreur de méthode, l'expérience ne pouvant prospérer que dans la vérification de théories et en montrant que les tentatives avortées des réalistes de faire advenir plus d'empirisme dans le droit ont tenu précisément à leur absence de théories et de concepts cohérents²⁵.

B. Questions complémentaires

Le rapprochement des deux ensembles, le rapprochement entre celui issu de la théorie de Hart sommairement exposée plus haut et celui issu de la théorie de Posner tout aussi sommairement exposée ici, laisse apparaître une relative compatibilité, sous la réserve que les points suivants soient abordés.

a) Le nombre des questions où les règles de droit sont suffisamment déterminées pour que le juge puisse statuer sur le modèle des règles sans avoir à tenir compte en priorité des conséquences de sa décision et jouer un rôle d'ingénieur social. Il semble que Posner ait une tendance à exagérer les cas où les solutions ne se trouvent pas dans les règles, alors que Hart a tendance à penser que les cas couverts par les règles sont très largement majoritaires.

b) Hart et Posner semblent à peu près d'accord pour ne pas faire figurer dans le concept de droit les finalités sociales. Mais leur conception du pouvoir discrétionnaire du juge pourrait encore opposer leurs positions, surtout si l'on tient compte des dernières versions des thèses de Posner. Contre toutes les précautions antérieures et sa réflexion sur les conditions d'une certaine "objectivité conversationnelle" dans le droit, Posner en est arrivé à affirmer avec brutalité que l'on pouvait ramener le choix judiciaire à un choix purement politique, thèse à laquelle Hart n'a jamais adhéré.

c) Hart s'est souvent contenté de faire observer que les finalités (le droit tel qu'il devrait être) ne renvoient pas nécessairement à une finalité morale ou à une finalité qui serait discutée du point de vue de la morale. Il admet donc par principe que des critères comme celui de l'efficacité puissent être utilisés par les juges

²⁴ *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905). Dans ce qui est une de ses plus célèbres opinions, Holmes écrivait sous la décision majoritaire dans le cas *Lochner* que "the 14th Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics. [...] A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire".

²⁵ "Les projets empiriques des réalistes qui non seulement ont failli mais en tombant ont donné des recherches empiriques une mauvaise réputation dans le monde académique du droit illustrent la futilité d'une investigation empirique sevrée de tout schéma théorique", *Overcoming Law*, précité, 1995. Je ne veux pas prendre ici partie sur un point qui m'engagerait bien au-delà de l'objet de cet article, mais force est de s'interroger sur le caractère dogmatique de la science économique sur laquelle repose chez Posner l'analyse économique du droit. Voir, dans cette livraison des *Cahiers de méthodologie juridique*, Éric Millard, "L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique" ; Voir aussi Jason Scott Johnston, "Law, economics, and post-realist explanation", 24, *Law and Society Review*, 1990, p. 1217. Pour un prolongement du rapprochement/ éloignement entre Posner et Holmes et le réalisme juridique, voir Thierry Kirat, "La pragmatisme de Richard Posner : un regard critique", 21 mars 2005, CNRS IRIS/CREDEP.

lorsque le contexte d'application du droit le rend pertinent. Mais il convient d'ajouter que Hart est sensible à l'incapacité de s'en remettre à un seul critère pour rendre compte de la diversité des valeurs, des intérêts et des objectifs auquel le système juridique a à faire face. Dans le seul texte où il fait état de l'analyse économique du droit, c'est précisément l'objet d'une de ses remarques²⁶.

²⁶ Dans la conférence, précitée, prononcée aux États-Unis dans les années 1970 (supra, en note 17), Hart conteste avec beaucoup de finesse (et de distance) la tentative posnérienne d'expliquer le droit de la responsabilité par une seule variable et toute tentative de ramener le droit, même dans un domaine étroit, à l'utilité sociale indépendamment des droits individuels. La comparaison des méthodes devrait naturellement conduire à poursuivre avec un autre ouvrage de Hart co-écrit avec T. Honoré, *Causation in the Law*, Clarendon Press, second edition, 1985.

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT EST-ELLE UNE THÉORIE *SCIENTIFIQUE* DU DROIT¹ ?

Par

Marc Deschamps

Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG – CNRS

Frédéric Marty

*Université de Nice Sophia-Antipolis – CNRS – GREDEG
OFCE – Institut d'Études Politiques de Paris*

L'article de R. Coase sur le problème du coût social [1960] marque, non pas l'apparition de la *Law and Economics*, mais plutôt une seconde naissance. En effet, la dénomination même de *Law and Economics* provient du "vieux" institutionnalisme américain et plus particulièrement de J. Commons [1925], qui avait ainsi intitulé un article publié dans le *Yale Law Journal*. J. Commons et la première économie du droit se préoccupaient notamment des relations professionnelles et de la réglementation des industries de réseaux. Il s'agissait, dans chaque cas, d'analyser la dynamique des institutions et des règles de droit ainsi que de promouvoir un fonctionnement "raisonnable" de l'économie de marché [Bazzoli, 1999].

Or, proposer un encadrement des tarifs pratiqués par des entreprises détentrices d'infrastructures de réseaux revenait à prôner certaines "entorses" au laissez-faire et au respect absolu des droits de propriété. Une telle position allait à l'encontre de l'approche de la Cour Suprême dont le principe du "*due process of law*", adopté en 1868, la conduisait à rejeter toute limitation à l'exercice des droits de propriété ou à la liberté de contracter. Ainsi, les travaux des économistes de la première économie du droit doivent être remis en perspective avec la critique réaliste qui s'opposait alors à l'approche très formaliste de la *Common Law* qui demeurerait prédominante à la charnière des XIXe et XXe siècles [Kirat, 1999].

En matière de réglementation des industries de réseaux, la logique réaliste conduisait à accepter certaines limitations aux droits de propriété si celles-ci s'avéraient souhaitables au point de vue de l'intérêt public. Par exemple, dans l'arrêt *Minnesota Rate* de 1890, la Cour Suprême accepta, pour la première fois, une régulation publique pour garantir la raisonnable des tarifs dès lors que l'activité revêtait des dimensions d'intérêt public. Dans un même esprit, il est possible de

¹ Nous remercions particulièrement J-Y. Chérot pour ses conseils dans le cadre de la rédaction de cet article ainsi que C. Savard-Chambard et P. Bernhard ainsi que P. Reis, S. Béal, L. Boy, E. Elabd et J. Pillot (CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis) pour leur aide et leurs commentaires sur une première version de ce texte. Nous restons toutefois seuls responsables des omissions, imprécisions et erreurs qui pourraient subsister.

considérer que Terminal Railroad², lequel marqua en 1912, l'apparition (encore aujourd'hui controversée) de la théorie des facilités essentielles³, atteste d'une nouvelle entorse au strict respect des droits de propriété. Dans la mesure où l'infrastructure est considérée comme indispensable à l'exercice de l'activité de concurrents, le propriétaire perd non seulement le droit de leur refuser l'accès mais aussi de définir lui-même son prix, dans la mesure où sa détermination appartiendra aux tribunaux.

Cette approche s'inscrit en rupture vis-à-vis de l'approche formaliste. Elle apparaît cependant comme étant particulièrement cohérente avec le rôle attribué au droit par le juge O. Holmes. Les réalistes et les institutionnalistes américains partageaient en effet la même philosophie pragmatiste. Les règles dans les deux cas ne pouvaient provenir d'une théorie générale incarnant l'intérêt général mais plus modestement d'un compromis, acceptable mais toujours provisoire, entre les différents intérêts sociaux. Une telle approche conduisait à renoncer à tout projet normatif et particulièrement à l'ambition de fonder une théorie du droit que celle-ci soit de nature juridique ou de fondement économique. Nous retrouvons ici l'opinion dissidente du juge O. Holmes⁴ dans l'arrêt de la Cour Suprême *Lochner* [Fisher et Horwitz, 1993]. Cependant, il convient également de noter que cette démarche est à l'origine des critiques qui ont été formulées tant à l'encontre des réalistes que des anciens institutionnalistes, à savoir l'incapacité à produire un cadre théorique de nature normative et de se limiter à l'analyse rétrospective de cas "contingents"⁵.

À ses origines, la seconde *Law and Economics*, telle qu'elle renaquit à Chicago, ne s'écartait pas de ce cadre. En effet, R. Posner s'est toujours réclamé de la tradition pragmatiste. Ce dernier situe ses travaux dans une perspective résolument positive. Cependant, il apparaît que l'analyse économique du droit s'est progressivement engagée dans une voie nettement plus normative. Celle-ci se propose notamment de fournir au législateur ou au juge des prescriptions quant à ce que devrait être une règle ou une décision efficiente. En ce sens, les rapports de la Banque Mondiale *Doing Business*, fondés sur la *new comparative economics*, sont emblématiques de cette approche. Au-delà même de cette logique, un troisième volet de l'approche de l'analyse économique du droit vise à revivifier la doctrine [Mackaay et Rousseau, 2008], voire de renouveler la théorie du droit. Ainsi, dans une certaine mesure, l'analyse économique du droit se propose de (re)fonder une théorie du droit en dégageant notamment les éléments constitutifs de sa rationalité interne. Dans le cadre de la "thèse descriptive" de l'analyse économique du droit, pour reprendre les termes de Kornhauser [1985], "certains concepts économiques seraient en mesure de rendre compte de la raison des règles de droit, de leur cohérence et de leur 'fondement'" [Chérot, 2008]. En d'autres termes, il s'agirait d'une substitution d'une dogmatique de nature économique à une dogmatique juridique, contre laquelle s'était pourtant constituée le *Legal Realism* et à sa suite l'analyse économique du droit elle-même.

² United States v. Terminal Railroad Assn. of St. Louis, 224 U.S. 383.

³ Voir dans ce même volume Deschamps et Marty [2008].

⁴ *Lochner v. New York* 198 US 45 (1905). Il s'agissait, en l'occurrence, d'une décision de la majorité des juges de la Cour Suprême d'annuler pour cause d'inconstitutionnalité, une loi de l'État de New York réglementant la durée du travail dans le secteur des boulangeries. Se reporter notamment à J.-Y. Chérot [2008] dans ce même volume.

⁵ Herget [2007] relève notamment que les critiques de cette approche "charged that [...] the results of their empirical works were useless [and were] not helpful to those lawyers and judges who had to operate within the system".

Ce projet de faire de l'économie du droit une base de la doctrine s'écarte de l'approche dont se réclame R. Posner [1993c]. Elle s'inscrit dans une totale opposition avec l'avis du juge O. Holmes dans l'affaire *Lochner*. Face à une telle position, deux questions peuvent être posées. La première tient à la capacité même de l'analyse économique du droit à produire une théorie scientifique du droit⁶. En d'autres termes, l'analyse économique est-elle apte au point de vue scientifique à fournir des règles de décisions optimales en tout lieu et en tout temps et non contingente à des circonstances particulières ? La seconde question tient en fait à la souhaitabilité même d'un tel projet au point de vue collectif. Si l'établissement d'une règle est possible, est-il pour autant souhaitable qu'elle prévale sur le choix⁷ et qu'elle s'impose au juge ? En d'autres termes, le rôle du juge en matière d'interprétation de la loi ne constitue-t-il pas une garantie d'une bonne administration de la justice et d'une constante adaptation aux circonstances, aux besoins et aux aspirations de la Société ?

De façon dérivée, il est possible de s'interroger sur l'ambition, peut-être démesurée des économistes, de refonder une théorie du droit aux travers de leurs seuls instruments analytiques et sur un éventuel accueil intéressée de celle-ci par les juristes, soit sensibles à la force de persuasion de la méthode modélisatrice de l'économie, soit à la recherche d'arguments d'autorité dans le cadre de leurs controverses en matière d'interprétation des textes [Jamin, 2005]. Dans cette perspective, nous nous attacherons, dans une première partie, à retracer l'évolution de l'analyse économique du droit, de la perspective positive de R. Posner à la recherche de prescriptions normatives voire de fondements économiques à une nouvelle théorie du droit. Dans le cadre de notre seconde partie, nous nous interrogerons successivement sur la capacité de l'analyse économique du droit à prendre en charge cette mission et sur sa légitimité même face à un tel projet.

I. L'analyse économique du droit : d'une approche pragmatiste au projet de refondation de la théorie du droit

Il est possible de considérer que l'analyse économique du droit (AED) envisage l'économie comme la science du comportement humain [Mackaay et Rousseau, 2008]. Dans ce cadre, les marchés sont les lieux d'observation privilégiés pour étudier l'ensemble des comportements humains réglementés. En outre, dans cette vision maximaliste, l'AED offrirait un cadre unifié permettant de savoir ce qui doit être fait, de ne plus y mêler quelque idéologie que ce soit, et de n'utiliser explicitement ou implicitement aucun système de valeur. La prise en compte des conclusions de cette science du comportement humain permettrait ainsi, enfin, d'avoir un système juridique efficient. Une telle conception soulève, bien entendu, des critiques qui sont à la hauteur de ses prétentions. Toutefois, l'économie du droit révèle une étonnante diversité de croyances philosophiques et de choix méthodologiques⁸. S'attacher à l'ambition de l'AED de fonder une théorie du droit suppose de revenir sur le programme de recherche originel de R. Posner afin d'apprécier les évolutions par rapport à ce dernier.

⁶ Le terme "scientifique" étant ici entendu au sens d'objectif et d'axiologiquement neutre.

⁷ Voir Fitoussi J.-P. [2002].

⁸ Voir notamment sur ce point Th. Kirat et F. Marty [2007].

A. *L'analyse économique du droit au travers du programme posnérien*

Richard Posner, juge à la Cour d'Appel du septième circuit, est considéré comme l'un des principaux fondateurs de l'AED⁹, tant du fait de sa production scientifique ou judiciaire (en 2005 il avait déjà publié 38 ouvrages, plus de 300 articles et commentaires, et rendu près de 2200 décisions judiciaires¹⁰) que par la qualité de ses travaux qui en font le représentant le plus illustre de ce champ d'analyse.

Compte tenu de l'étendue de son œuvre, de la complexité de sa pensée et de l'évolution de ses réflexions¹¹, nous avons choisi de privilégier une présentation qui en expose les choix épistémologiques et méthodologiques initiaux, ainsi que l'architecture principale. Dans ce but, nous présenterons tout d'abord l'adhésion de R. Posner au pragmatisme, puis nous nous intéresserons à la façon dont il conçoit et justifie sa conception de la règle de droit comme étant essentiellement un prix¹², c'est-à-dire un stimulus jouant sur la décision d'agents rationnels et maximisateurs.

L'analyse économique du droit de R. Posner, laquelle est fortement influencée par les travaux de G. Becker¹³, s'inscrit dans le courant philosophique du pragmatisme¹⁴ comme le soutient d'ailleurs l'auteur lui-même qualifiant son propre travail de "manifeste pragmatique" [1990, p. 454] ; et ce, même s'il faut sans doute nuancer cette filiation comme le soulignent S. Harnay et A. Marciano [2003, pp. 11-12] pour qui : "[...] les références multiples au pragmatisme et la répétition inlassable par R. Posner de ses arguments ne relèvent pas d'une volonté de construire un système. Au contraire, R. Posner reste pragmatique jusque dans sa référence au pragmatisme [...], ce courant l'intéresse fondamentalement parce qu'il s'agit d'une disposition, d'un état d'esprit, permettant de fonder des jugements pratiques sur les faits et les conséquences plutôt que sur des concepts et des généralités. Il refuse donc de se laisser enfermer dans la référence systématique à un

⁹ Outre les ouvrages de références de cet auteur on peut se reporter aux trois tomes de R. Posner et F. Parisi (eds) [1997], à S. Shavell [2004a] [2004b] ou à B. Deffains (dir) [2002] pour une présentation française de l'analyse économique du droit dans les pays de droit civil.

¹⁰ Il s'agit là du décompte établi par R. Posner lui-même et qui figure sur son *curriculum vitae* en date du 2 juin 2005 (la dernière actualisation dont on peut disposer sur son site Internet).

¹¹ Certains lecteurs, commentateurs ou critiques de l'œuvre de R. Posner considèrent qu'il y a eu (et qu'il continue à y avoir) des variations quant aux thèses soutenues par ce dernier. D'aucuns défendent ainsi qu'il existe "plusieurs" R. Posner. Sans entrer dans ces considérations, nous soutenons néanmoins, à la suite de S. Harnay et A. Marciano [2003], que la rencontre scientifique de R. Posner avec G. Becker l'a fait basculer du *Law and Economics* – où l'attention est portée sur le fonctionnement du système économique – à l'*Economic Analysis of Law* – où l'attention est portée sur le fonctionnement du système juridique –. De façon plus générale, pour une analyse détaillée de l'évolution de la théorie des prix dans la tradition de Chicago et de son impact sur le mouvement du *Law and Economics* à Chicago, on consultera S. Medema [2008].

¹² Pour une connaissance plus complète des travaux de R. Posner on peut se reporter aux ouvrages de N. Mercuro et S. Medema [2006], Th. Kirat [1999] et surtout à S. Harnay et A. Marciano [2003].

¹³ On peut consulter R. Posner [1993a] et S. Harnay et A. Marciano [2003] sur ce point.

¹⁴ Citons parmi les initiateurs de cette attitude philosophique, C. Peirce, W. James et J. Dewey. Il faut toutefois noter que certains auteurs, à l'instar de Th. Kirat [2005], rejettent l'affirmation selon laquelle R. Posner s'inscrit dans le droit fil de la tradition méthodologique du pragmatisme à la Holmes, Cardozo ou Llewellyn. En effet, si Posner peut dans une certaine mesure être considéré comme un pragmatiste au point de vue juridique, une telle filiation est plus difficile à admettre au point de vue économique dans la mesure où ses raisonnements sont fondés sur l'axiomatique de la microéconomie, laquelle constitue un modèle rationnel *a priori*. Au niveau juridique même, Th. Kirat considère que l'affinité avec les positions de Holmes se limite même au seul fait de considérer que "la décision judiciaire n'est pas le produit d'une raison purement logique et formelle".

même auteur, se réclamant d'un pragmatisme conçu comme une "anti-théorie". Dès lors, pour comprendre la signification et l'influence du pragmatisme sur la démarche de R. Posner, il est nécessaire de s'attacher à des éléments son analyse relative à la vérité, à son scepticisme, à sa thèse de l'absence d'autonomie et d'incomplétude du droit, et enfin à sa critique des raisonnements ascendant et descendant.

Chez les pragmatistes américains, la vérité objective n'existe pas dans la mesure où on ne peut séparer une idée de ses conditions humaines de production. La vérité est donc nécessairement choisie en fonction d'intérêts subjectifs, elle est instrumentale, même si cette dernière est doublement bornée par l'idée d'un certain accord avec le réel et par les "choix" précédents qui ont été faits (afin de garder à la vérité une cohérence interne). C'est la raison pour laquelle R. Posner n'hésite pas à affirmer que : "[...] la vérité est ce qui est destiné à être cru, ou ce qu'il est bon de croire, ou ce qui survit dans la concurrence entre idées, ou ce sur quoi la communauté concernée s'accorde" [1995, p. 390] d'où le fait que : "[...] l'intérêt réel du pragmatiste ne réside pas du tout dans la vérité mais dans des croyances fondées sur un besoin social" [1990, p. 464].

Sur ce fondement, R. Posner considère qu'il faut substituer la notion de *consensus intergénérationnel* à celle de *vérité objective*, car d'une part il s'agit de la seule vérité disponible et que, d'autre part, toute recherche d'une vérité ultime serait vaine. Les indicateurs pertinents sont alors, selon lui, l'utilité et le temps, ce dernier soumettant les idées à une sorte de sélection biologique où seul ce qui n'a pas encore été réfuté ou qui l'a été en d'autres circonstances ou pour d'autres sociétés, peut demeurer. Toute autre procédure, et donc tout autre choix épistémologique, relève pour lui d'une tentative de dissimulation d'intérêts personnels.

En corollaire de cette conception de la vérité, R. Posner considère que les règles sont la conséquence des désirs humains. En effet, "Les institutions sociales – la science, le droit ou la religion – [sont] le produit des désirs humains plutôt que le reflet d'une réalité externe à ces désirs" [1990, p. 464]. Dès lors, les règles et leur contenu deviennent relatifs, ils dépendent uniquement des circonstances et des particularismes culturels, et l'on ne peut pas les juger extérieurement au système dans lequel ils sont utilisés. Son "scepticisme limité" le conduit alors à ne considérer que les faits, car eux seuls sont indubitables. Le jugement, selon lui, ne doit donc pas se départir des faits en dehors de leur référentiel car seul des faits peuvent être jugés¹⁵.

En outre, empreint de l'utilitarisme de J. Bentham, R. Posner considère que les individus respectent les règles uniquement dans le cadre d'un comportement maximisateur individuel, et non par respect à une éventuelle prescription normative. Les règles ne sont alors que des instruments incitatifs qui orientent les

¹⁵ Les faits occupent de la même façon une place déterminante en matière de politique de la concurrence. Détaillant devant l'association des avocats américains en 2001 les inflexions apportées à la politique antitrust américaine à partir des directives de 1982 sur les concentrations horizontales, Th. Murris, alors Président de la FTC, avait indiqué que la nouvelle approche de l'antitrust américain était devenue résolument "fact-intensive". Reprenant les termes employés par John Adams lors du procès qui avait suivi la *Tea Party* de Boston en 1770 (qui fut à l'origine de la Guerre d'Indépendance), Th. Murris souligne que "the facts are stubborn things". En d'autres termes, aucune théorie immanente ou aucun raisonnement fondé sur des catégories générales ne doit occulter l'analyse des faits : "You will need to demonstrate with sound, stubborn fact-based analyses the claims that you make".

comportements individuels, déterminent la nature et le résultat des interactions sociales, mais sans jamais les changer.

La posture pragmatiste et sceptique adoptée par R. Posner le conduit évidemment à rejeter une conception essentialiste et objectiviste du droit, puisqu'il n'existe aucun droit naturel ni aucune vérité morale. Elle le conduit, à l'inverse, à adopter une conception matérielle du droit qu'il considère comme un ensemble de règles et "une activité plutôt que comme un concept ou un groupe de concept" [1990, p. 459]. Pour lui, les règles de droit sont des règles créées, par le juge et par l'ensemble des représentants des professions juridiques qui produisent le droit et qui agissent comme un "législateur interstitiel" (pour reprendre l'expression du juge de la Cour suprême américaine O. Holmes) car "Lorsqu'un vrai nouveau cas survient, les règles du jeu judiciaire requièrent que le juge agisse comme un législateur et de ce fait vote selon ses valeurs, même si les règles ne supposent pas voire même interdisent de reconnaître que c'est ce qu'il est en train de faire" [1993b, p. 40]. De plus, dans sa conception (qui reprend sur ce point la théorie de la prédiction de O. Holmes¹⁶), le droit n'est que l'anticipation par tout à chacun de ce qui "sera dit par le juge" [1990, p. 221]. Le droit n'est alors constitué que par l'ensemble des décisions et des motivations des juges.

Ce raisonnement conduit toutefois à se demander si la production du droit peut être réalisée grâce aux seules ressources du droit, et ce du fait de l'existence de normes sociales et donc d'une dualité de sources d'où pourrait résulter un hiatus entre le droit et la Société, c'est-à-dire un conflit entre la logique du droit et la logique sociétale. Autrement dit, il s'agira de connaître "la fonction de production des juges, en particulier la nature des *inputs* dont ils disposent et la manière dont ils sont transformés en *outputs* (décisions juridiques)" comme le relèvent à fort juste escient S. Harnay et A. Marciano [2003, p. 22]. La réponse de R. Posner sur ce point est très clairement négative puisqu'il estime que le droit n'est pas une discipline autonome¹⁷ – au sens où il s'agirait d'une "matière totalement confiée à des personnes formées au droit et à rien d'autre" [1987a, p. 762] –, eu égard, selon R. Posner, à son absence structurelle de démarche et de contenu scientifique¹⁸ dans la prise de décision juridique. De ce fait, le producteur de droit ne dispose pas, en interne, des outils pouvant lui permettre de faire coïncider les logiques juridique et sociale, si elles venaient à être distinctes, ni même de fournir une réponse unique. Le seul moyen de proposer des choix indiscutables consiste alors, pour lui, à faire comme les autres sciences, c'est-à-dire à s'appuyer sur les faits ; car si le droit ne s'appuie que sur lui-même les décisions juridiques ne seront rien de plus que des jugements de valeur¹⁹ et elles varieront selon les juges²⁰. C'est là, note-t-il, la

¹⁶ "Les prophéties à propos de ce que les cours feront en fait, et rien de plus présomptueux, sont ce que j'entends par le droit" [Holmes, 1897].

¹⁷ À son sens [1987a, pp. 766-777], la "foi en l'autonomie du droit" a disparu du fait : 1/ de la disparition du consensus politique associé à la "fin de l'idéologie", 2/ du boom des disciplines complémentaires et en particulier de l'analyse économique et de la philosophie, 3/ de la disparition de la confiance en la capacité des juristes à régler les problèmes majeurs du système légal, 4/ de l'accroissement du prestige et de l'autorité des sciences, et 5/ de l'importance croissante des lois et de la Constitution au détriment de la jurisprudence comme source du droit.

¹⁸ Ici le droit n'est pas une science car il ne possède aucun moyen scientifique de trancher les différends. Par ailleurs, contrairement à la chimie, le droit ne peut apparaître comme une discipline autonome que lorsqu'il y a un consensus politique [*Ibid.*, p. 767].

¹⁹ Il note à ce propos qu'il "existe ainsi de nombreuses questions juridiques que les juristes traditionnels, même professeurs dans les meilleures facultés de droit, ne traitent pas et ne peuvent pas traiter sans se

preuve qu'il manque au droit une structure qui lui permette de trouver en lui-même ses critères d'évaluation et les moyens de fonder ses décisions en leur donnant un contenu acceptable et réfutable. Cette difficulté se trouve, par ailleurs, à un niveau plus fondamental, renforcée par l'*incomplétude du droit*, c'est-à-dire par le fait que le droit, en tant qu'objet, ne fournit pas systématiquement au décideur de quoi effectuer et étayer son choix ("malheureusement, une telle indétermination est un problème courant dans l'interprétation des dispositions légales et constitutionnelles, particulièrement pour les plus anciennes" [*Ibid*, p. 777]) ; ce qui laisse reposer la décision du juge sur sa propre initiative : ce vide étant alors le lieu d'exercice du "législateur interstitiel".

C'est dans ce cadre que R. Posner adresse ses critiques²¹ au *raisonnement ascendant* (qui consiste à ne s'intéresser qu'aux décisions passées pour les clarifier et/ou les généraliser, ou à fonder le droit par le droit) ainsi qu'au *raisonnement descendant* (qui applique une théorie morale ou constitutionnelle) car il les considère comme deux mauvais procédés pour combler ce vide. Il ne reste alors, de son point de vue, que le recours à la science, et plus précisément à la science économique (parce qu'elle est instrumentale et empirique²²), pour aider à la prise de décisions juridiques, d'une part, en facilitant et en rendant fiable la production de règles de droit d'une part, et, d'autre part, en permettant d'améliorer le fonctionnement de la profession juridique. Ainsi, du fait de son adhésion au pragmatisme, R. Posner considère qu'un modèle "est un outil, plutôt qu'une ouverture sur une vérité ultime" [1995, p. 431].

Or justement, le droit, donc les juges ainsi que toutes les professions juridiques, sont à la recherche d'outils. En effet, selon Posner, "avec l'ancienneté de la Constitution et l'expansion des lois par rapport aux jurisprudences, les avocats et les juges sont engagés de façon croissante dans une forme de recherche – l'interprétation de textes qui ne sont pas clairs – pour laquelle la formation juridique conventionnelle, avec son accent mis sur l'analyse des précédents, ne les prépare pas bien" [1987a, p. 777]. L'utilisation de l'hypothèse de la rationalité des comportements, en tant que représentation des comportements individuels, trouve sa racine en ce point. En effet, pour Posner, "... même si l'hypothèse selon laquelle les êtres humains (et dans quelques modèles, tous les êtres) sont rationnels est importante pour la construction des modèles mathématiques des comportements économiques, ces modèles valent comme des approximations utiles même si l'hypothèse est fautive"²³ [1995, p. 17].

référer aux experts d'autres disciplines [...] [et que] les partisans de l'interdisciplinarité ont mis l'accent sur l'étroitesse de la connaissance professionnelle" [1995, p. 90].

²⁰ Richard Posner souligne en effet que deux penseurs (tels que Dworkin et Bork), également prestigieux, peuvent fournir des solutions complètement incompatibles l'une avec l'autre à un même problème. À notre sens R. Posner se rapproche ici des préceptes du juge O. Holmes, lequel considérerait que le juge n'était pas simplement la "bouche de la loi" mais décidait selon son expérience en anticipant la réaction d'un "méchant homme" destinataire de cette décision.

²¹ Sur ce point, on consultera S. Harnay et A. Marciano [2003, pp. 26-35].

²² C'est toutefois sur une base qui semble plus théorique (postulat de la maximisation rationnelle de l'utilité et utilisation de la formalisation) qu'il rejette les travaux néo-institutionnalistes et adhère à ceux développés par l'École de Chicago et, plus particulièrement, ceux initiés par G. Becker pour qui le modèle économique a une pertinence pour tous les comportements et toutes les activités humaines. La proximité intellectuelle avec ce dernier est d'ailleurs telle que depuis 2004 ils écrivent sur un blog en commun (<http://www.becker-posner-blog.com/>).

²³ Il convient cependant du fait qu' "une fonction d'utilité n'est pas un concept psychologique ou phénoménologique mais un moyen de générer des hypothèses" [1993b, p. 4, note n°6].

Cependant, dès lors que l'on accepte ce cadre, il en découle le fait que les individus réagissent aux variations de prix et donc que, toutes choses étant égales par ailleurs, toute augmentation des prix provoque une baisse de la demande alors qu'elle incite les producteurs à accroître leur offre (et réciproquement)²⁴. Il n'y a plus alors aucune difficulté à considérer, à l'instar de R. Posner, que les règles de droit correspondent aux prix des différentes activités des individus et donc que les règles de droit influencent et orientent les comportements individuels en matière de demande, d'offre et de respect des règles²⁵. On retrouve là une position défendue jadis par J. Bentham mais également par G. Becker (qui l'a appliquée, notamment, aux comportements criminels) et que l'on rencontre aujourd'hui en droit positif, particulièrement dans les programmes de clémence en droit de la concurrence. La logique est alors toute simple : pour dissuader les individus de s'engager dans des activités illégales, sans dépenser plus par la multiplication des contrôles, il suffit d'en accroître le prix, c'est-à-dire d'instaurer des amendes ou des peines de prison qui dissuadent tout agent rationnel. Il existe cependant un niveau optimal de sanction, au-delà duquel toute augmentation est irrationnelle puisqu'elle engendre des coûts d'organisation et de fonctionnement supérieurs aux gains que la Société peut en attendre par le respect de la loi²⁶. Relevons qu'à la différence de Bentham, R. Posner a développé une théorie positive de l'efficacité d'un système de droit fondé sur le critère de maximisation de la richesse²⁷. Il y définit une transaction comme désirable dès lors qu'elle accroît la richesse de la société, c'est-à-dire la somme de l'ensemble des biens et services tangibles et intangibles définie en termes monétaires ou équivalents.

Concernant ce qu'il y a lieu de dénommer les offreurs de droit, et plus particulièrement ceux liés à la production judiciaire, à savoir ici les juges²⁸, la question est plus délicate puisque les incitations économiques traditionnelles paraissent dans certains cas inexistantes aux États-Unis, du fait de l'article III de la Constitution, lequel rend les juges fédéraux quasiment inamovibles²⁹. Il semble alors quelque peu paradoxal de vouloir faire une analyse économique de la prise de décision des juges, dès lors que tout est justement fait pour qu'une fois en fonction ils ne soient pas comme tous les autres individus soumis aux incitations qui

²⁴ Il s'agit là du mécanisme le plus général mais il est conditionné par le fait que les fonctions d'offre et de demande ont les propriétés idoines. Pour un exemple de courbe de demande plus particulière et donc pour un fonctionnement du marché différent on peut se reporter à G. Becker [1991].

²⁵ En d'autres termes, le *méchant homme* de Holmes devient "un individu rationnel, qui maximise son utilité en formant des anticipations, définies dans des termes dans les termes d'une espérance mathématique, sur la probabilité d'être arrêté et sanctionné par les tribunaux" [Kirat, 2005].

²⁶ Il estime également que les normes sociales implicites viennent en complément ou en substitution de la règle de droit explicite, dans la mesure où les ressorts de l'observance de celle-ci sont de même nature (puisqu'il s'agit dans chaque cas de prix).

²⁷ On consultera avec profit S. Harnay et A. Marciano [2003, pp. 69-91] sur ce point.

²⁸ Il va de soi que dans un système de *common law* le rôle d'un juge est central, mais R. Posner prend grand soin de préciser que sa tâche va au-delà de la prise de décisions dans un cadre déterminé, puisqu'elle porte également sur l'application des lois et de la Constitution.

²⁹ "Un juge fédéral peut être paresseux, manquer de tempérament judiciaire, maltraiter son équipe, réprimander sans raison les avocats qui plaident devant lui, être blâmé pour des écarts éthiques, tendre ou même glisser vers la sénilité, voir ses décisions annulées de façon répétée en raison d'erreurs juridiques élémentaires, différer pendant des années des décisions qui pourraient parfaitement être rendues en quelques jours ou quelques semaines, laisser filtrer des informations confidentielles à la presse, poursuivre des objectifs ouvertement politiques, et se comporter mal de bien d'autres façons qui suffiraient à faire renvoyer même un fonctionnaire ou un professeur d'université ; il conservera pourtant son poste" [1993b, pp. 4-5].

déterminent les actions humaines (notamment via la suppression du “principe de la carotte et du bâton” puisque leur titularisation est à vie et leur salaire fixe). Pourtant, la logique et la méthode d’analyse demeurent également effective ici dans la mesure où les juges³⁰, sauf à les considérer comme des “titans”, sont des agents comme les autres et de ce fait maximisent eux aussi les mêmes choses que les autres³¹, à savoir une fonction d’utilité qui dépend du revenu, du loisir, du prestige, etc.³². Ainsi, ils ne cherchent donc pas, pour la plus grande majorité d’entre eux tout du moins, à “changer le monde”, puisqu’ils n’ont aucune vision, en l’espèce, et qu’ils ne sont pas en croisade.

Richard Posner souligne néanmoins trois caractéristiques particulières propres à la fonction d’utilité d’un juge. La première concerne le fait que les consommateurs du droit ne sont pas en mesure d’observer précisément l’*output* produit par le juge³³ et qu’en conséquence, tout comme pour une firme caritative, il ne lui est pas permis par la loi de s’attribuer le revenu résiduel. La deuxième provient du fait que lorsque le juge prend une décision, tout comme le citoyen lorsqu’il vote (même s’il le fait en partie par devoir civique), il obtient une valeur de consommation directe³⁴. Enfin, la troisième, réside dans le fait que la décision de justice revêt également pour son producteur une valeur de consommation directe “de la forme de celle ressentie par les créateurs”. En effet, si “... les artistes créent des œuvres d’art qui parfois changent la sensibilité ; les juges rendent des décisions qui parfois changent les pratiques sociales ou commerciales. Les artistes imposent leur vision esthétique à la société ; les juges imposent leur vision politique à la société” [Ibid, p. 18]³⁵. Pour tenir compte de ces spécificités, il propose alors de considérer que le juge est un “composite” de trois types d’agents maximisateurs, à savoir un dirigeant d’entreprise caritative, un électeur et un spectateur d’une pièce de théâtre ou d’une œuvre cinématographique. Il souhaite donc que l’on considère que les juges sont des hommes à part entière et qu’en tant que tel l’intérêt public ne rentre pas dans leur

³⁰ L’article ne porte que sur les juges des Cour d’appel et de la Cour Suprême fédérale, mais R. Posner soutient que son analyse peut être et doit être étendue à tous les juges.

³¹ Le titre de son article (“What do judges and Justices maximize? The same thing everybody else”) est d’ailleurs particulièrement clair sur ce point.

³² Richard Posner [1993b, pp. 13-15] considère en première analyse que la fonction d’utilité du juge peut avoir sept arguments : salaire, loisir, popularité parmi les juristes, prestige, intérêt public (comme peut l’avoir un citoyen qui vote), évitement d’une annulation de sa décision et réputation. Dans la suite de l’article, lorsqu’il propose son modèle formel [Ibid, pp. 31-36], il n’en retient que quatre : salaire de juge, autres revenus, loisir et prestige, les autres critères pouvant être négligés.

³³ L’existence de médiateurs, d’arbitres ou de juges privés choisis par les parties et devant résoudre des conflits n’est pas un critère pertinent pour observer exactement l’*output* produit par le juge car ceux-ci ne produisent pas toute “la gamme des services judiciaires” [Ibidem, p. 9]. Il y a donc, sur ce marché des producteurs du droit, des firmes caritatives (“les juges publics”) et des firmes commerciales (“les juges privés”).

³⁴ La spécificité du juge, par rapport au citoyen, étant alors qu’il “vote” plus souvent et que son “vote”, toutes choses étant égales par ailleurs, a plus de poids en comparaison de celui d’un citoyen lors d’une élection. En lien avec cette particularité, R. Posner souligne que les juges reçoivent, du fait de leur plus grand pouvoir, une plus grande déférence. Sur la base de ces éléments, il en conclut que les juges ne vont donc pas vendre leur vote, ni voter de manière aléatoire, car l’utilité provient du fait qu’ils s’expriment et non du résultat (même si les juges ne souhaitent pas rendre des décisions qui n’aurent pas de portée).

Ils se distinguent également des législateurs (et ne sont donc pas comme certains le soutiennent “des législateurs en robe”) parce qu’ils ne font pas face au problème de la réélection, ni au logrolling (échange de vote) puisque le pouvoir et l’influence sont moins importants pour les juges que pour les législateurs [Ibid, p. 22].

³⁵ Notons cependant que l’autonomie décisionnelle du juge fait l’objet d’une auto-limitation visant à respecter les règles du “jeu judiciaire” [1993b, p.30].

fonction d'utilité³⁶. L'analyse de la maximisation de l'utilité par le juge, développée par Posner, démontre, selon lui, que le comportement judiciaire est cohérent avec le principe de la rationalité économique. Ce faisant, il trouve une série d'implications concrètes pour l'administration légale, comme la sélection des juges ou la structure de compensation judiciaire. Il n'en conclut pas pour autant que "le comportement judiciaire est en fait rationnel" [1993b, p. 31], ce qui est une question autrement plus difficile, ni *a fortiori* qu'il faut rendre le comportement judiciaire rationnel.

Au final, dans les limites de notre connaissance de l'œuvre de R. Posner, il nous semble que ce dernier ne s'est jamais réellement départi de la posture d'un scientifique, ayant un ensemble de convictions ontologiques et épistémologiques de départ (une sorte de noyau dur au sens de I. Lakatos), dans le but d'établir une analyse positive des phénomènes qu'il étudie³⁷. Dans chaque cas, il cherche "ce qui est, ce qui fut ou à prédire ce qui sera" [1979, p. 285] et non pas à expliquer ce qui devrait être. Il n'y a donc pas chez lui de volonté de soutenir que l'analyse économique devrait être le système normatif du droit, même si les économistes ont évidemment à ses yeux des outils qui doivent les conduire à jouer un rôle important dans les débats sur les réformes légales. D'une certaine façon, il tente de trouver une cohérence et une structure dans les phénomènes juridiques et non pas à les déformer ou à les formater, en utilisant les outils de l'analyse économique. Il ne fournit pas non plus une théorie du droit puisque la question même de savoir ce qu'est le droit est une question "qui a peu de signification si tant est qu'elle ait même un sens" [1987a, p. 765], car le mot même de droit n'a pas de signification fixe puisqu'il n'est ni conceptuel, ni référentiel³⁸.

B. Des analyses positives à une théorie du droit : un dépassement du projet posnérien ?

Ainsi, l'AED (et notamment R. Posner [1995]) s'écarte traditionnellement de l'approche formaliste, laquelle visait à faire du droit une science rationnelle ne laissant guère de place à l'interprétation et à la marge de discrétion du juge (le "rêve du juriste" selon R. Posner). Tout d'abord, le sens de la règle est lié à sa mise en œuvre et non à son seul énoncé. Ensuite, il est vain de fonder l'interprétation sur la base des intentions de l'auteur de la règle, laquelle s'autonomise par sa seule application. Cependant, il convient de mettre en exergue deux limites d'une telle analyse. La première concerne la position posnérienne en elle-même et notamment l'influence réelle de l'approche pragmatiste. La seconde concerne, l'existence au côté de l'approche positive, d'une approche plus normative au sein de l'AED.

Tout d'abord, la position de Posner a connu diverses évolutions, le conduisant notamment à ne proclamer son rattachement à l'approche pragmatiste qu'après la publication des premières éditions de son *Economic Analysis of Law*. L'approche pragmatiste, quoiqu'il en soit, n'est pas facilement conciliable avec

³⁶ Posner souligne de surcroît que le bon juge ne se laissera pas envahir par de mauvaises émotions (comme par exemple la colère), mais cultivera l'indignation, pour ne pas être en total décalage quant aux prescriptions morales de la société dans laquelle il se trouve, ainsi que l'empathie, lui permettant d'aller plus loin que les preuves présentées.

³⁷ On peut se reporter à R. Posner [1987b, pp.1-6] pour une présentation de sa méthode.

³⁸ Richard Posner distingue en effet trois types de mots : les conceptuels, les référentiels et ceux qui ne sont ni conceptuels ni référentiels. Il souligne alors que ces derniers n'ont "[...] pas de signification fixe, et leurs définitions dans les dictionnaires sont circulaires. Ils peuvent être utilisés mais pas définis" [1987b, p. 1].

l'hypothèse selon laquelle la *Common Law* est une institution qui "mime le marché". Si la *Common Law* s'avère effectivement un processus permettant de produire des règles juridiquement efficaces, il est nécessaire que les juges optent pour des allocations de droits efficaces au point de vue économique. Si comme le relève Th. Kirat [2005], l'hypothèse est faite que les décisions de justice se fondent sur une analyse microéconomique d'une allocation de droits concurrents, cela reviendrait à renouer avec le postulat de base de l'approche formaliste, à savoir qu'une "proposition générale", en l'occurrence le critère de la maximisation de la richesse, pourrait régler des cas particuliers³⁹.

Ensuite, même en faisant abstraction des ambiguïtés de la position de R. Posner, il convient de relever que l'AED tend à ne pas se limiter à une approche positive mais à s'engager dans des travaux aux finalités plus normatives. Il convient, en effet, pour suivre L. Kornhauser [1985] de distinguer trois "thèses" au sein de l'analyse économique du droit. La première, à laquelle se rattache, à notre sens, principalement Posner, est de nature *béavioriste*. Il s'agit en l'occurrence d'une thèse sur le comportement des sujets de la règle de droit. Une deuxième thèse est de nature instrumentale. Elle porte sur la possibilité d'ajuster la décision en prenant en compte ses effets économiques prévisibles. Une troisième thèse serait de nature *descriptive*. Il est considéré, dans le cadre de celle-ci, comme le relève J.-Y. Chérot [2008], que "certains concepts économiques seraient en mesure de rendre compte de la raison des règles de droit, de leur cohérence, de leur "fondement", et plus particulièrement de la doctrine ou de la politique jurisprudentielle".

Cette thèse qui s'incarne notamment dans l'hypothèse de l'efficacité de la *Common Law* était particulièrement mise en exergue dans la première édition de l'*Economic Analysis of Law* de R. Posner en 1973. Cependant, les nuances progressivement apportées par l'auteur font qu'à l'inverse de nombreux autres travaux de l'AED, ce dernier se rattache en grande partie à l'approche positive, ou pour reprendre les termes de L. Kornhauser, à la thèse comportementaliste. En effet, à la différence de R. Posner, de nombreux travaux distinguent, voire hiérarchisent implicitement, "trois niveaux de l'analyse économique du droit". En effet, au sein de l'AED, trois niveaux sont communément distingués à savoir entre "l'analyse des effets" (premier niveau), le "fondement de la règle" (deuxième niveau) et la "règle souhaitable" (troisième niveau). Pour Posner, l'économiste du droit n'a pas à se livrer automatiquement (ni nécessairement) à une analyse normative de la question qu'il étudie. Cette absence de lien structurel entre l'analyse économique et une visée normative⁴⁰ est particulièrement claire à ses yeux car, même si des travaux d'analyse économique peuvent être utilisés au soutien de recommandations de politiques, ils ne posent pas la question de l'adéquation de l'économie en tant que système normatif. En effet, selon lui "L'économiste qui démontre que les criminels répondent à des incitations et de ce fait commettent moins de crimes lorsque les peines sont rendues plus sévères n'est pas engagé dans une analyse normative" [*Ibid*, p. 286]. Dès lors il nous semble qu'existe chez R. Posner, quel que soit le type de question abordée, une unité de méthode est observée. Celle-ci est positive.

³⁹ "Le juge américain se prononcerait en mimant les résultats (efficaces) auxquels le marché aurait pu mener si son fonctionnement n'avait pas été contrarié par des obstacles comme des coûts de transaction, des effets externes, des défauts d'information, etc." [Kirat, 2005].

⁴⁰ Dans le cadre d'une recension de l'ouvrage d'E. Mackaay et S. Rousseau [2008], L. Boy [2008] s'attache en particulier à la question de la normativité de l'AED.

Ce positionnement posnérien quant à la question de la normativité conduit à un schéma méthodologique identique à celui établi par l'analyse économique générale. Celui-ci se subdivise en cinq phases. La première tient à la collecte de données les plus complètes possibles, la deuxième au dégagement de faits stylisés, la troisième à l'établissement d'un modèle (mathématique ou non), la quatrième en la réalisation de prédictions et enfin la cinquième dans leur test empirique. Cette démarche, reconnaissons-le, ressemble très largement à ce que les "juristes sérieux" accomplissent déjà. L'AED n'a pour objet ici au final que l'utilisation d'outils supplémentaires (dont certains ont déjà montré, par ailleurs, qu'ils pouvaient se révéler extrêmement puissants) afin de proposer des hypothèses et par la suite de les tester. C'est ainsi que R. Posner émet l'hypothèse descriptive et empirique selon laquelle les règles de *common law* sont efficaces, puis cherche ensuite à faire les prédictions qui en découlent et à les tester. La vision est donc essentiellement positive, or ce n'est qu'à partir du volet normatif de l'AED que peut venir la légitimité et à la capacité de l'AED d'inspirer les règles juridiques, voire de fonder une théorie du droit. Par exemple l'hypothèse qu'il défend selon laquelle les règles, les procédures et les institutions de la *common law* promeuvent l'efficacité du droit, indique seulement que la *common law* réplique (ou peut répliquer) le fonctionnement des marchés concurrentiels, et donc qu'à l'intérieur de limites de faisabilité définies, le droit peut conduire le système économique vers celui "qu'une concurrence efficace – un marché libre opérant sans externalités significatives ou problèmes informationnels – pourrait produire [1979, pp. 288-289]. De ce fait, la théorie positive de R. Posner ne soutient pas que la *common law* devrait être "une machine à maximiser la richesse", mais simplement qu'elle semble l'être [*Ibid*, p. 291].

Ainsi, le premier projet de l'analyse économique du droit, défendu par Posner, était résolument positif au sens économique du terme (*analyser ce qui est*). Pour reprendre, la définition donnée par Th. Kirat [1998], "l'analyse économique du droit consiste en l'application des outils et des méthodes de l'analyse économique à l'étude des règles juridiques et des processus judiciaires de *Common Law*". Le deuxième volet de l'analyse économique du droit, tel qu'il s'est notamment développé dans le cadre des débats sur l'attractivité économique du droit, conduit à une logique normative (*dire ce qui devrait être*). Ce projet visant à accorder une plus grande place au raisonnement économique tant en matière d'application que d'élaboration de la règle de droit est inséparable au développement actuel de l'analyse économique du droit dans le cadre français. Par exemple, l'ancien Premier Président de la Cour de Cassation, Guy Canivet préconise, lorsqu'il s'agit d'élaborer une règle jurisprudentielle, "d'anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit" (G. Canivet, [2005]).

Au-delà de cette logique normative voire ingénierique, il convient en outre de considérer un troisième volet pour lequel, l'analyse économique du droit pourrait "rendre compte des fondements" de la règle de droit. Par exemple, pour B. Deffains et S. Ferey [2007], l'analyse économique du droit pourrait apporter une réponse à la *crise de l'interprétation* nouée depuis les années soixante. D'une part, l'AED pourrait se poser en doctrine permettant de s'attacher tant à l'interprétation des règles de droit qu'à la manière dont les agents économiques s'en saisissent. D'autre part, elle serait à même de constituer une théorie de l'interprétation juridique, au travers notamment de la notion économique d'équilibre ("point fixe endogène autour duquel

semblent tourner sans toujours le reconnaître explicitement, les théories contemporaines de l'interprétation").

À l'extrême, une telle logique pourrait conduire à s'écarter de l'approche du réalisme juridique en considérant que l'AED peut s'attacher aux normes juridiques et à leur signification, "sans les réduire aux seuls faits que sont les décisions des organes juridiques". Ainsi, l'AED ne rabattrait-elle plus "la norme sur le fait" et permettrait de découvrir d'éventuels fondements économiques sous-jacents aux énoncés normatifs. Dans cette logique, l'AED, dont les origines sont pourtant résolument ancrées dans le pragmatisme, pourrait être à même de répondre à l'une des critiques souvent formulées à l'encontre de l'approche réaliste, à savoir son incapacité à produire des résultats empiriques "opérationnels", du fait notamment d'une absence de théorisation et de conceptualisation. Cette critique, portée par Posner [1995], selon lequel les travaux empiriques des réalistes "illustrent la futilité d'une investigation empirique sevrée de tout schéma théorique" n'est d'ailleurs pas sans faire écho à la critique de T. Koopmans [1947] à l'encontre de W. Mitchell, héritier des institutionnalistes américains, lequel dirigeait au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale le NBER (*National Bureau of Economic Research*). La recherche de régularités statistiques, propre à la démarche institutionnaliste, était alors décrite comme correspondante à un "*measurement without theory*".

Il conviendrait alors de s'interroger sur la possibilité d'une éventuelle proposition d'un "dogmatisme" fondé sur des concepts économiques venant paradoxalement se substituer à une dogmatique juridique de la *Classical Legal Thought*, contre lequel s'était constitué le réalisme américain. D'ailleurs, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Lochner* en 1905, Holmes avait rejeté les deux approches au nom de l'adaptation des décisions à la prise en compte de l'expérience sociale, en d'autres termes de l'expérience ressentie du temps présent [Kirat, 2005]. En effet, pour lui "le 14ème amendement ne donne pas force de loi à la théorie sociale statistique de M. Spencer [...] et une constitution n'a pas vocation à incorporer une théorie économique particulière qu'elle soit paternaliste et liant les citoyens à l'État dans une relation organique ou en faveur du *laissez-faire*".

Il s'agit donc dans notre seconde partie d'envisager dans quelle mesure un tel projet de l'analyse économique du droit, visant à fournir des prescriptions normatives ou à (re)fonder la théorie du droit, pourrait soit être lu sous l'angle d'un usage mesuré de la science économique, visant à apporter un appui additionnel ou un éclairage complémentaire au juriste, soit être considéré comme potentiellement porteur d'une nouvelle dogmatique.

II. Une refondation de la théorie du droit par l'analyse économique du droit est-elle possible et même souhaitable ?

Nous nous proposons dans notre seconde partie de nous attacher à l'évaluation de la capacité de l'analyse économique de s'ériger en théorie du droit avant d'entamer une réflexion sur la souhaitabilité même d'un tel processus.

A. Le droit peut-il être de la théorie économique appliquée ?

L'économie, science des choix rationnels, peut-elle fournir une théorie *scientifique* du droit permettant d'asseoir sur des bases sûres et objectives l'action du législateur et la décision du juge ?

Elle ne peut réellement jouer un tel rôle que si elle revêt les mêmes caractéristiques qu'une science *naturelle*. Or, l'outil théorique sur lequel repose aujourd'hui les bases de l'analyse économique, à savoir la théorie des jeux, ne peut, en dépit de sa très grande rigueur, produire aucun énoncé général et donc que les énoncés économiques ne sont scientifiques que lorsque l'on énonce leurs conditions de validité et que celles-ci sont réunies.

Or, le statut de la discipline économique fait, depuis son apparition au XVIII^e siècle, l'objet de questions et de controverses. En effet, de manière extrêmement schématique, elle peut être considérée soit comme une science *naturelle* qui découvre et explicite le vrai, soit comme une science humaine, captivante mais faillible, et éventuellement sensible aux préjugés. L'enjeu est évidemment de taille puisque dans le premier cas les hommes n'auraient fondamentalement pas plus de choix à effectuer que les molécules, alors que dans le second les hommes seraient entièrement libres de créer les sociétés qu'ils désirent, et toute la discipline économique ne consisterait qu'à trouver des justifications *a posteriori*. Autrement dit, de manière plus générique, la question du statut de l'analyse économique consiste *in fine* à savoir si la réalité sociale équivaut au final à la réalité physique. Ce faisant, elle n'aurait aucune spécificité et se trouverait soumise, par là-même, à un ordre naturel. Le cas échéant, la réalité sociale se distinguerait fondamentalement de la réalité physique. Il serait impossible de déterminer des lois valables en toutes circonstances et indépendantes des décisions des acteurs.

L'évolution naturelle a donné aux hommes un ensemble d'aptitudes et notamment celle de construire des institutions. Comme le montre J. Searle, dans la tradition de la philosophie analytique⁴¹, il faut rendre compte d'une réalité sociale et institutionnelle objective pourtant créée par les hommes. La nature physique de la réalité sociale est bien évidemment l'objet de la Physique et des autres disciplines relevant des sciences de la nature. Néanmoins, cela ne suffit pas puisque, comme le souligne J. Searle, "comment peut-il y avoir un monde objectif d'argent, de propriétés foncières, de mariages, de gouvernements, d'élections, de matchs de football, de soirées mondaines, et de cours de justice, dans un monde entièrement constitué de particules physiques dans des champs de force, et dans lequel certaines de ces particules s'organisent en des systèmes qui sont des animaux biologiques conscients, tels que nous ?" [1998, p. 10]. La question fondamentale posée par J. Searle est donc la suivante "Comment construisons-nous une réalité sociale objective ?".

Le constat de départ de J. Searle est le suivant : l'énoncé selon lequel "le bout de papier que j'ai dans ma poche est un billet de dix euros" contraste avec l'énoncé selon lequel "les atomes d'hydrogène n'ont qu'un électron". La raison de ce contraste provient de ce que le premier énoncé a impérativement besoin d'institutions humaines pour exister, alors que le second énoncé n'en a pas besoin. En effet, que représenterait ce bout de papier si l'institution humaine de la monnaie n'existait pas ? La réponse est évidente : rien. John Searle propose d'appeler ce type d'énoncés des "faits institutionnels"⁴² *a contrario* des "faits bruts", qui ne

⁴¹ Une appréhension complète nécessite évidemment de se reporter à J. Searle [1998].

⁴² De ce point de vue la fiction juridique est un fait institutionnel puisque "La fiction révèle un choix opéré délibérément" comme le remarque Ch. Atias [1994, p. 25].

nécessitent aucune institution humaine⁴³. Ainsi, “la réalité sociale est créée par nous pour nos fins propres et elle nous paraît aussi immédiatement intelligible que ces fins elles-mêmes. Les voitures sont faites pour rouler, les dollars pour gagner, dépenser, et économiser ; les baignoires pour prendre des bains” [Ibid, p. 17]. Dans ce cadre, une institution se définit comme “tout système de règles (procédures, pratiques) qui est accepté collectivement et qui nous permet de créer des faits institutionnels” [Searle, 2005, p. 21]. Ainsi, la réalité sociale qui est épistémiquement objective⁴⁴ et ontologiquement en majorité subjective⁴⁵ est ici *créée* par les hommes, à leurs fins, et les modèles des économistes participent à cette tâche, de même d’ailleurs que tous les autres spécialistes des sciences humaines. Cependant, raisonnant sur les faits institutionnels, les économistes ne sont pas à même de fournir, dans le cadre de cette théorie de la réalité sociale, une théorie *scientifique* du droit au sens où il existe une théorie scientifique de la mesure.

En outre, l’un de leurs principaux outils, la théorie des jeux, a beaucoup plus une valeur explicative que prédictive. Nous soutiendrons donc ici que les travaux des économistes théoriciens peuvent jouer un rôle crucial dans l’analyse et la compréhension de phénomènes juridiques en racontant des “fables” au sens de A. Rubinstein [2006], mais qu’ils ne peuvent fournir des préconisations qui *devraient* être suivies pour organiser la société. Ainsi, l’analyse économique est en mesure de fournir des outils pour repérer, expliquer, voire (sous certaines conditions) prédire certains phénomènes, mais seulement lorsqu’elle est utilisée de façon mesurée, c’est-à-dire au cas par cas, et non lorsqu’elle est utilisée sur la base de “grandes sentences” qui seraient considérées, quel que soit le contexte et de façon éternelle, comme vraies. Il en est par exemple ainsi des analyses relevant de l’économie industrielle laquelle est pourtant à la fois un champ classique de la théorie économique et un domaine où la supériorité analytique des économistes sur les juristes est généralement avancée⁴⁶.

A. Rubinstein [2006, p. 865] dans le cadre de son allocution présidentielle à la Société d’Économétrie, manifestait un certain scepticisme sur ce point en soutenant l’idée que pour l’essentiel les économistes “jouent avec des jouets, appelés modèles”. Bien évidemment la question est alors de savoir si ces “jouets” permettent d’accroître les performances de nos économies, d’augmenter le taux de croissance ou encore de prévenir les krachs financiers. Or si dans son discours A. Rubinstein commence par avouer qu’il prend du plaisir à créer des modèles, mais il concède rapidement qu’il éprouve de sérieux doutes quant à l’utilité pratique de ces derniers en termes d’applications directes. Pour analyser ce dilemme dans lequel il se trouve, il choisit de décomposer ce dernier en quatre : le dilemme des conclusions absurdes (doit-on abandonner un modèle s’il conduit à des conclusions

⁴³ Dans le même sens Ch. Atias [1994, p. 102] souligne que : “Puisque le droit ne saurait exister en dehors des possibilités d’investigation scientifique qui supposent la décision de l’autorité et puisque la nature ignore de telles décisions, il faut bien que le droit soit l’objet d’une science autre que les naturelles ; et puisqu’il lui faut se distinguer de l’objet des sciences naturelles, il ne peut exister dans les mêmes conditions qu’elles, c’est-à-dire en l’absence de toute intervention volontaire d’une autorité”. On peut voir, à titre d’exemple, les articles 312 et suivants du Code civil portant sur la présomption de paternité.

⁴⁴ Au point de vue épistémique, un jugement objectif porte sur un énoncé qui peut être tenu pour vrai ou faux indépendamment des attitudes ou sentiments que le sujet peut avoir à leur égard.

⁴⁵ La subjectivité au point de vue ontologique désigne le fait que l’existence d’une notion ou d’un sentiment dépend de ce qui est éprouvé par les sujets.

⁴⁶ Pour un panorama général de l’influence des développements de la théorie des jeux sur l’économie industrielle on se reportera à J. Tirole [1995].

absurdes ou doit-on plutôt le considérer comme un ensemble très limité d'hypothèses qui échouent inévitablement dans certains contextes ?), le dilemme de la réaction face à la réalité (les modèles doivent-ils être jugés en fonction des résultats expérimentaux ?), le dilemme de la modélisation de régularités (les modèles doivent-ils fournir des hypothèses à tester ou sont-ils simplement des exercices de logique qui n'ont aucune utilité pour identifier des régularités ?), et le dilemme de la pertinence (l'économiste théoricien a-t-il le droit de donner des conseils ou d'établir des jugements dans le but d'influencer le monde réel ?).

Ceci le conduit à conclure que les modèles doivent être compris comme des "fables". En effet à son sens, il convient en premier lieu de considérer que l'économiste théoricien tout comme le conteur fait un parallèle avec une situation de la vie réelle. Chacun utilise un certain nombre de thèmes. Cependant, il s'agit, dans les deux cas, d'un récit simple qui ne prend pas en compte tous les détails. Dans les deux cas de figure, une morale que l'auteur souhaite mettre en avant occupe une place centrale. Il s'agit donc, pour l'un comme pour l'autre, d'un travail de l'imaginaire entre le rêve et le réel. Enfin, tout comme une bonne fable, un bon modèle peut avoir une influence énorme sur notre monde en influençant la culture. Par ailleurs, le conteur est, lui aussi, soumis au dilemme des conclusions absurdes (la logique de son histoire peut conduire à des conclusions absurdes), au dilemme de la réaction face à la réalité (il y a une frontière fine entre une histoire amusante et une fable avec un message), au dilemme de l'absence de régularité de la fable (il peut constater qu'il n'est pas nécessaire que sa fable soit mobilisée pour obtenir des observations qui ont un sens), et au dilemme de la pertinence (il veut influencer sur le monde, mais il sait que sa fable est seulement un argument théorique). Il faut alors considérer que les économistes théoriciens cherchent simplement à élaborer des fables cohérentes et qui ont un rapport avec nos vies. Dans cette logique, les économistes ne peuvent alors de façon générale, ni prédire, ni prescrire, même si parfois à titre individuel ils en éprouvent le souhait. Tout comme les conteurs, ils n'ont pour seule utilité que de nous structurer et de nous influencer dans notre réflexion, tâche, à notre sens, largement comparable à celle qu'à pour partie la philosophie.

Une thèse similaire avait d'ailleurs déjà été défendue par F. Fisher [1989] concernant l'apport de la théorie des jeux à la question de la théorie de l'oligopole. Des progrès théoriques récents, les économistes ne peuvent conclure qu'au fait qu'il existe un grand nombre de résultats possibles et que ceux-ci sont fortement dépendants du contexte et de l'expérience des oligopoleurs. La théorie des jeux, dominante en matière d'économie industrielle, a-t-elle permis de dépasser cet état "confus et insatisfaisant" [Ibid, p. 115] du traitement analytique des oligopoles ? Bien que Fisher reconnaisse que celle-ci met en lumière certains aspects essentiels de l'oligopole, qu'elle aide à les formaliser et qu'elle a produit un certain nombre de résultats intéressants, il lui semble qu'elle n'a réussi à produire qu'une "collection de cas". Pire encore elle n'aurait pas contribué à construire une théorie générale de l'oligopole. La théorie des jeux n'indique ainsi, de manière générale, que *ce qui peut arriver* et non *ce qui va réellement se produire*.

Ces caractéristiques de la science économiques ne sont pas sans conséquence quant aux rapports que les économistes entretiennent avec les juristes dans l'antitrust. Elles conduisent, par exemple, à relativiser l'utilisation de certains outils par les autorités de concurrence, comme par exemple l'indice de concentration d'Herfindahl-Hirschman (HHI). En effet, compte tenu du fait que les économistes ne

disposent pas d'une théorie générale de l'oligopole, vouloir accorder une valeur scientifique objective aux valeurs choisies pour cet indice n'est pas possible. Par analogie, on peut dire que F. Fisher ne considère pas que l'on puisse envisager cet indice comme un thermomètre puisque, d'une part, il n'existe pas de température normale et que, d'autre part, il n'y a pas de théorie qui assure que l'on puisse l'appliquer à tous les êtres humains de la même façon. En outre, F. Fisher souligne que ces histoires (fables) peuvent être un danger car, parfois, les économistes, ou d'autres qui utilisent ces analyses, négligent que ces théories illustratives ("exemplifying theory") n'ont pas une portée générale⁴⁷ et ne permettent pas de construire une théorie consensuelle susceptible de fournir une base incontestable aux décisions de justice.

Il apparaît ainsi que la théorie des jeux n'est pas à même de fournir une théorie générale à la science économique, ni même quelques "maximes générales" sur quelques questions que ce soit. Pour prendre un exemple issu des politiques de concurrence, lié à la notion de position dominante collective [Marty, 2007], il est possible de s'attacher à la relation, souvent présentée comme *systématique*, entre le nombre de concurrents présents sur un marché et le degré de concurrence de ce dernier. Pour P. McNulty [1967] [1968], la relecture par A. Cournot de l'intuition d'A. Smith selon laquelle la concurrence serait d'autant plus vive que les compétiteurs sont nombreux sur le marché a conduit à considérer que dans un modèle d'oligopole, on peut tendre vers un équilibre de concurrence parfaite en faisant tendre le nombre de concurrents vers l'infini. Or, ce résultat n'est valable que dans ce cadre théorique particulier. Il n'implique absolument pas, par exemple, la proposition générale selon laquelle "Lorsqu'on augmente le nombre de vendeurs sur un marché, le prix diminue". En effet, maints exemples issus de la théorie des jeux conduisent à un résultat opposé⁴⁸. Cependant, il convient de ne pas conclure rapidement de ce qui précède que l'analyse économique, particulièrement lorsqu'elle se fonde sur la théorie des jeux, permet de tout justifier et qu'en ce sens elle verserait dans un relativisme généralisé⁴⁹. Tout ne peut pas être soutenu en économie. En ce sens, il s'agit d'une discipline objective qui, pour l'essentiel, élimine des possibilités et qui permet donc de réduire scientifiquement l'espace des possibles.

L'économie, *in fine*, ne semble donc pas techniquement à même de fournir une théorie scientifique du droit. Elle ne dispose pas elle-même, d'une réelle théorie unificatrice, mais plutôt d'un ensemble d'outils puissants⁵⁰. La thèse posnérienne consistant à soutenir que "l'analyse économique est l'ensemble des applications fructueuses de la théorie économique" [1987, p. 3] et donc qu'il est possible de s'intéresser aux phénomènes non marchands ne nous semble pas invalidée si l'on considère, comme ce dernier, que la théorie économique n'est qu'un ensemble de

⁴⁷ Comme le notera, plus tard, le même F. Fisher [1991] : "Cette méthode a produit une taxonomie – une large liste de possibilités qui élimine peu".

⁴⁸ Pour un modèle démontrant la relation inverse, voir R. Rosenthal [1980]. Relevons que la récente publication de l'OCDE "Les pratiques de facilitation dans les oligopoles" [2008] souligne qu'"il peut être très difficile de distinguer une conduite légale qui résulte de l'interdépendance oligopolistique et une conduite constituant une pratique de facilitation illégale et il n'existe pas de test de conformité absolu" [p. 13].

⁴⁹ Il suffirait de faire un modèle avec les "bonnes" hypothèses et les bons paramètres.

⁵⁰ D'aucuns considèrent ainsi à l'instar de Th. de Montbrial [2000, p. 590] que : "L'ambition de faire jouer à la théorie des jeux, dans le domaine de la praxéologie, le rôle que tient la mécanique rationnelle dans les sciences de la nature est certainement vouée à l'échec. La théorie des jeux n'est qu'un instrument, tout de même très puissant, d'aide à l'analyse et à la réflexion. Ce n'est déjà pas si mal".

concepts déduits d'un même ensemble d'hypothèses, et non une théorie unifiée. En revanche, toute application systématique d'un modèle, plus ou moins proche des faits que l'on cherche à analyser, est à bannir. La théorie économique, et en particulier celle basée sur la théorie des jeux, fournit donc, outre de nombreux résultats dans des contextes irréalistes et particuliers (les fables), des outils et une méthode qui peuvent permettre de faire pour chaque problème une analyse sur-mesure. Si fournir une règle valable en tout lieu et en toute circonstance peut apparaître comme une ambition excessive au vu des contraintes de l'analyse économique elle-même, notre propos sera, dans le cadre de notre dernière section, de nous interroger sur la souhaitabilité même d'une réussite d'un tel projet.

B. Les risques liés à une telle ambition

L'une des principales questions posées par le projet normatif de l'analyse économique du droit tient à la souhaitabilité collective du fait de disposer d'une règle définie extérieurement aux parties et s'imposant *de facto* au juge ou au législateur. Deux dimensions pourraient être envisagées. Est-il souhaitable qu'une règle se substitue au choix ? Est-il souhaitable de reposer sur une règle unique ou pourrait-on espérer, que plus modestement, l'analyse économique permette de disposer d'éléments constitutifs d'une règle commune ?

Face aux développements proposés par l'AED, même certains économistes comme R. Coase [1978] ou J. Buchanan [1964] [1991] (que l'on ne peut suspecter de biais idéologique à l'encontre de l'école de Chicago) ont estimé qu'il y avait un emportement excessif et pour tout dire une sorte d'*hubris*⁵¹. Dans le cadre de sa réflexion sur les frontières de l'analyse économique, R. Coase relève que les frontières entre les disciplines sont le produit de la concurrence entre ces dernières. En outre, il lui apparaît que les économistes multiplient les incursions hors de leurs champs traditionnels. L'analyse économique a-t-elle vocation à élargir ses frontières pour éventuellement inclure à terme les "disciplines contiguës", i.e. les autres sciences sociales ? Après avoir rejeté l'idée que ces incursions puissent provenir du fait que les économistes ont résolu les problèmes majeurs posés par le système économique ou qu'elles viennent du fait que les économistes d'aujourd'hui auraient plus d'instruction et de centres d'intérêt que ceux qui les ont précédé, R. Coase propose deux hypothèses pour expliquer cette situation. Soit le mouvement d'extension de l'analyse économique aux autres sciences sociales est basé sur une technique ou une approche particulière, et l'on peut s'attendre à un déplacement des économistes vers ces domaines qui, à terme, devraient disparaître (c'est la thèse de l'impérialisme économique). Soit le mouvement d'extension de l'analyse économique aux autres sciences sociales est nécessité par le(s) sujet(s) dont s'occupent les économistes, et l'on peut s'attendre à ce que l'étendue des études faites par les économistes soit de façon permanente "élargie".

À son sens, pour pouvoir discriminer entre ces deux hypothèses, il faut revenir à ce que font les économistes et à ce qu'ils peuvent faire. Ronald Coase souligne alors que l'économiste a pour objet d'étude le système économique et que, même si l'analyse formelle des économistes tend à avoir un plus grand degré de généralité et qu'il est donc tentant de l'appliquer à d'autres systèmes sociaux, on rencontrera probablement les mêmes succès et les mêmes échecs que ceux que l'on rencontre actuellement dans l'analyse économique. Dès lors, l'affirmation selon

⁵¹ L'*hubris* désigne tout ce qui dépasse la mesure, qui est excessif.

laquelle l'économie serait la science des choix humains, outre qu'elle ne correspond pas à l'idée que se fait R. Coase de la discipline, n'implique pas à elle seule la disparition des autres sciences sociales, ni même que tous ceux qui travaillent dans ces disciplines deviennent des économistes. Pour arriver à cela, il faudrait en effet que "les économistes aient quelque chose qui leur permettent de mieux appréhender les problèmes sociologiques, politiques et légaux que ne le font les praticiens dans ces autres sciences sociales" [op. cit, p. 208]. Or, il semble particulièrement sceptique quant à cette éventualité dans la mesure où même si l'analyse économique paraît "plus développée que les autres sciences sociales", il faut bien admettre que cela provient de certaines particularités qui lui sont propres. En effet : "[...] le grand avantage que l'analyse économique possède c'est que les économistes sont capables d'utiliser la "baguette de mesure de la monnaie" [...] De plus les données (sur les prix et les revenus) sont généralement disponibles, et donc les hypothèses peuvent être examinées et vérifiées" [p. 209]

La position défendue par R. Coase consiste alors à soutenir que l'étude des effets sur des autres systèmes sociaux sur le système économique, qui est le champ de l'analyse économique, va devenir un aspect permanent du travail des économistes car ces derniers ont compris que les systèmes sociaux sont si "entremêlés" avec le système économique qu'ils sont dans une large mesure des parties de ce dernier. Ainsi, dans cette conception, si les économistes en viennent à étudier les autres sciences sociales, ce n'est pas dans le but de renouveler ces dernières ou de les éliminer, mais c'est parce qu'ils considèrent qu'il s'agit d'une nécessité s'ils veulent réellement comprendre le système économique lui-même. Dès lors, l'économiste n'aurait pas la capacité ni la qualité à traiter de tous les phénomènes sociaux, mais seulement de ceux ayant un rôle pertinent dans le fonctionnement du système économique. Loin d'être servante ou maîtresse pour reprendre une distinction de D. Danet [1993], l'analyse économique serait donc une partenaire de l'analyse juridique.

Cette thèse défendue par R. Coase nous semble en lien direct avec l'opposition qui existe entre les deux principales conceptions de l'analyse économique. En effet, si de façon classique, à la suite de L. Robbins on peut considérer que celle-ci correspond à l'utilisation des ressources rares pour des usages alternatifs, il faut souligner que cette conception n'est pas unique au sein de la "guilde" des économistes. À titre d'exemple, nous présenterons ici la thèse soutenue par J. Buchanan [1964] [1991]⁵² laquelle fait écho à celle implicitement défendue par R. Coase. Si comme le souligne A. Marciano [2007], J. Buchanan refuse l'impérialisme économique à la G. Becker c'est essentiellement parce qu'il s'oppose à sa conception de ce qu'est la discipline économique. En effet, pour ce dernier, la définition proposée par L. Robbins a marqué un "mauvais tournant". Ce dernier aurait fait passer l'économie du statut de science sociale à celui de branche des mathématiques appliquées, ce qui fait prendre du retard au progrès scientifique que cette discipline pourrait accomplir. Les économistes qui suivent cette voie font alors, selon J. Buchanan, une triple erreur puisqu'ils se trompent à la fois sur la définition de leur discipline, sur les limites de leur discipline et sur ce qu'ils doivent analyser.

⁵² Pour une présentation complète de la question on consultera A. Marciano [2007], R. Servant [2008] et les œuvres de J. Buchanan.

Pour J. Buchanan, l'analyse économique n'est pas la science des choix, elle est et doit rester la science de l'échange ou catallactique (ou symbiotique) dans la lignée des travaux précurseurs d'A. Smith. Il s'agit alors, pour ceux qui se seraient égarés, de remplacer "la théorie de l'allocation des ressources" par "la théorie des marchés". Dès lors, si l'économiste peut s'intéresser aux difficultés technologiques ou computationnelles issues de la confrontation des hommes avec la nature, il convient pour lui de garder à l'esprit que son champ d'étude est celui des vrais choix, c'est-à-dire des choix faits en situation d'incertitude radicale dans une Société. Ainsi, si les économistes en viennent à étudier les phénomènes institutionnels, ce n'est pas dans la perspective de déterminer s'ils sont ou non efficaces et de proposer le cas échéant des prescriptions, c'est uniquement parce que les institutions influencent les échanges et/ou parce qu'elles peuvent être définies comme des activités d'échange. C'est la raison pour laquelle il est faux de soutenir que J. Buchanan fut l'un de ceux qui appliquèrent le modèle économique aux choix politiques à travers la théorie du *Public Choice*. L'analyse économique n'est donc pas ici une science naturelle qu'il s'agit d'appliquer en tout lieu et en toute circonstance car comme souligne J. Buchanan : "L'économie politique est artificielle ; elle a été construite par les choix humains, que ceux-ci aient ou pas eu un objectif au sens structurel [...] Par comparaison et par contraste, il serait erroné d'utiliser le mot "réformer" en référence au monde naturel en dépit de nos grandes avancées dans notre compréhension scientifique" [1991, p. 15]. Cette analyse le conduit alors à une critique sévère de l'AED puisque dans une recension d'un ouvrage de R. Posner il n'hésite pas à affirmer qu'il s'agit là, dans le meilleur des cas, de "bonne économie" (au sens de la théorie économique), mais également de "mauvais droit". Ainsi, il nous semble que sa critique serait encore plus radicale concernant l'idée que l'analyse économique pourrait fournir une théorie scientifique du droit car le rôle spécifique de l'économiste n'est pas "de fournir des moyens pour faire de "meilleurs choix" [...]" [1964, p. 221].

De façon certes quelque peu caricaturale, il nous semble que la tentative de certains économistes et/ou de certains juristes pour faire accepter l'idée que parce que l'analyse économique est une science, elle doit permettre de fonder scientifiquement le droit renvoie à une vision primitive du droit, prêtant à celui-ci une essence théocratique. De manière un peu abrupte, nous pourrions considérer que cette idée participe d'un retour à un ordre hétéronome où Dieu serait remplacé par la Science. Il est d'ailleurs intéressant de revenir sur ce point aux critiques formulées par les réalistes américains à l'encontre des formalistes. Dans une critique de Langdell, cité par E. Serverin [2000], O. Holmes [1880] écrivait : "L'idéal du droit de Langdell, le but de tous ses efforts est l'*elegantia juris*, ou l'intégrité logique du système comme système. Il est peut être le plus grand théologien vivant du droit. Nous pourrions le qualifier d'hégélien déguisé tant il est intéressé à la connexion formelle des choses ou à la logique, au sens où elle se distingue des sensations qui sont le contenu de la logique et qui ont façonné la substance du droit. La vie du droit n'est pas issue de la logique ; elle est issue de l'expérience"⁵³. Il conviendrait ainsi peut être mieux de ne pas rechercher les fondements économiques de la règle ou d'abandonner l'espoir dans la constitution d'un droit unique, comme réponse à la mosaïque aux frontières floues et changeantes que représente la carte des systèmes juridiques du monde. Il existe, en effet, la tentation de restaurer un ordre en alignant, voire en imposant, à

⁵³ L'expérience au sens de Holmes ne désigne pas les caractéristiques propres au juge, elle recouvre l'ensemble des croyances, valeurs, intuitions, préjugés, coutumes ou perceptions des nécessités du temps [Serverin, 2000].

tous les modèles existants une norme unique. Or, croire que la science (tout comme naguère la religion) doit et va permettre d'organiser les sociétés humaines nous semble une idée fausse et souvent dangereuse⁵⁴.

Un tel projet serait d'ailleurs excessivement réducteur au vu du rôle des règles dans la décision de justice. Celles-ci se caractérisent par une "texture ouverte" [Serverin, 1985]. Celles-ci doivent en effet faire l'objet d'une interprétation par le juge. La règle ne peut donc s'appliquer de façon algorithmique. Aucune logique (juridique ou économique) ne peut en fait mettre en cause la relative marge de discrétion dont dispose le juge [Chérot, 2008]. La production et la définition des concepts juridiques ne pourraient procéder ni d'une méthode rationnelle, déductive et logique issue de l'interrogation de la *Common Law* (approche de la *Classical Legal Thought*), ni d'une démarche exclusivement fondée sur l'analyse de l'utilité.

A contrario, le droit et, plus spécifiquement l'histoire du droit, nous enseignent que la valeur et la puissance du droit romain⁵⁵ comme du *ius commune*⁵⁶ (qui constituent les racines profondes de nos systèmes juridiques⁵⁷) proviennent de leur très grande plasticité, de leur très grande tolérance à d'autres sources normatives, et de leur capacité à construire non pas un cadre unique, mais un cadre commun. Ce *ius commune*, fait de coutumes locales, de droit romain, de droit féodal, de droit canonique, de droit statutaire et de traditions commerciales va s'épanouir du XII^{ème} au XVI^{ème} siècle et constituer le cadre dans lequel va émerger le *ius proprium*, droit propre ou particulier à un pays, une région ou une ville, constitue une voie qui pourrait nous permettre d'ordonner sans céder à l'affrontement des particularismes ou à une uniformisation hégémonique. Sa logique peut être reliée à certaines pistes actuelles proposées par la doctrine ou les instances pour faire vivre la diversité, source de richesse, dans le cadre de la communauté de notre monde qui résulte de la mondialisation. Ce droit commun n'était ni un droit supérieur, ni même une simple discipline intellectuelle, il était essentiellement un droit à vocation *subsidaire* et *supplétif*. Il s'en suit que ce droit commun, n'a pas automatiquement une force obligatoire comme peut l'avoir une loi en droit français positif, mais qu'il correspond plutôt à un espace de dialogue entre juristes, d'émulation et de rassemblement entre les règles. Actuellement, devant "la profusion de normes qui brouille notre image de l'ordre juridique", M. Delmas-Marty [1994, p. 7] souligne notre besoin d'un droit accessible à tous, commun à différents secteurs du droit et à différents États dans la perspective d'une harmonisation. L'objectif étant de restaurer les principaux repères qui semblent avoir disparu. Or, précisément parce qu'elle veut éviter la force et l'imposition, cette auteur s'est engagée depuis de nombreuses années dans une vaste réflexion qui combine la logique classique avec des logiques contemporaines afin de "penser le multiple" sans que jamais celui-ci ne se réduise à deux branches d'une alternative binaire : exclure ou imposer.

Dans cette perspective, il nous semble notamment que l'avènement d'un droit commun de la concurrence pourrait apparaître comme à la fois possible,

⁵⁴ Portalis dans son *Discours préliminaire au projet de Code civil* en 1804 soulignait déjà que la science "abandonnée à la dispute, n'offre qu'une mer sans rivage", alors que le droit doit justement placer des bornes et tracer des limites pour que "les rivages ne manquent à la mer".

⁵⁵ Il s'agit essentiellement de celui des compilations de Justinien.

⁵⁶ Pour une présentation générale on consultera Cl. Lovisi [2003].

⁵⁷ Claire Lovisi [2003, p. 137, § 220] considère que : "Cette communauté de pensée juridique a structuré les différents droits positifs autour d'une même épine dorsale".

raisonnable et souhaitable⁵⁸. En effet, on peut remarquer, à la suite de L. Donnedieu de Vabres-Tranié [2007], qu'il existe un processus de mondialisation du droit de la concurrence qui se manifeste par un accroissement continu du nombre d'États qui se dote d'un droit de la concurrence, tout comme une prise de conscience commune de la nécessité d'un cadre global de régulation concurrentielle des marchés. C'est dans ce cadre que l'on peut constater, depuis près d'une dizaine d'années, outre les accords internationaux⁵⁹, le développement de la collaboration, plus ou moins formalisée, des autorités de concurrence tant au sein de réseaux locaux comme le REC (Réseau Européen de Concurrence) ou internationaux comme le RIC (Réseau International de Concurrence), que d'institutions de coopération comme l'OCDE, qui joue depuis de nombreuses années un rôle moteur dans ce domaine. Par exemple, les récentes conclusions du groupe de travail ECA (European Competition Authorities)⁶⁰ sur les sanctions pécuniaires⁶¹ peuvent apparaître comme une bonne manière de procéder pour l'établissement d'un droit commun qui garantisse la sécurité juridique tout en préservant les différences politiques, c'est-à-dire de choix démocratiques, qui peuvent exister.

Il semble que l'analyse économique peut, dans la limite de ses hypothèses et de ses compétences, aider pour partie à la formation de ce nouveau droit commun. Il faut pour cela que les économistes s'approprient les principaux concepts et raisonnements de l'analyse juridique, et surtout apprennent à travailler avec les juristes. Ce *métissage* aura à notre sens plus de cohérence et de fruits que la simple juxtaposition des analyses, voire la dangereuse application directe de l'analyse économique à tous les phénomènes juridiques. À ce titre, l'analyse économique ne peut fonder à elle seule la décision du juge ou permettre de construire un droit unique. Son rôle doit être plus modeste. Pour reprendre les termes employés par H. Legal, juge au TPICE, dans le cadre des *Ateliers de la Concurrence* du 2 avril 2003, consacrés à la place de l'analyse économique dans la décision de justice⁶², le juge consulte les économistes au même titre que d'autres types d'expert, tout en demeurant conscient de l'absence de consensus au sein de la profession : "Le juge se positionne comme un généraliste face à des experts, dans le domaine du droit de la concurrence comme dans celui du contentieux de la responsabilité. Comment un juge pourrait-il se prononcer sur la chute d'un pont ou sur un accident thérapeutique dans un hôpital sans faire appel à des experts ? Les juges empruntent la même attitude vis-à-vis du raisonnement économique, bien qu'ils soient conscients qu'il existe des querelles d'écoles". De la même façon, la règle de décision éventuellement apportée par l'analyse économique ne saurait s'imposer telle quelle, dans la mesure où comme le soulignait déjà le juge Holmes, il convient de prendre en considération

⁵⁸ Nous répondons là, brutalement, aux trois questions posées par M. Delmas-Marty [1998].

⁵⁹ On peut penser ici, à titre d'exemple, au Chapitre 15 de l'ALENA (Accord de Libre-Échange Nord Américain) intitulé "Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État" dont l'article 1501 prévoit la coordination et la coopération entre les parties.

⁶⁰ Alors que le REC est un "forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de la concurrence et son contrôle" qui fournit "un cadre dans lequel s'inscrit la coopération des autorités européennes de concurrence dans les affaires où les articles 81 et 82 du Traité sont appliqués, et [qui] constitue le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de la concurrence en Europe" selon la Communication de la Commission du 27 avril 2004 ; l'ECA est un réseau informel de discussions créé en 2001 par les autorités de concurrence et qui réunit les vingt-sept membres de l'UE, des pays de l'AELE et régulièrement la Suisse.

⁶¹ Voir le communiqué du Conseil de la concurrence du 7 octobre 2008.

⁶² Atelier de la concurrence du 2 avril 2003 : "L'analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence".

http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/analyse_eco.html

l'ensemble des perceptions sociales quant à la décision. En effet, selon H. Legal [2003], "un équilibre doit être trouvé entre la sensibilité et la technique car le juge n'est pas chargé de refaire entièrement la décision administrative. Bien que les décisions dans le domaine économique ne soient ni purement d'ordre physique (comme en médecine), ni purement d'ordre politique, elles en conjuguent certains éléments. Le contrôle doit s'adapter à cette ambivalence et trouver un équilibre entre la sensibilité sociale et la recherche de la cohérence des dispositifs textuels. Que l'osmose soit, selon le cas, plus ou moins réussie tient à des facteurs divers où interviennent, notamment, la subjectivité, le hasard et la qualité des avocats". Nous retrouvons ici l'un des fondements de la décision des juges selon l'approche réaliste : "judges followed commonly accepted morality" [Herget, 2007].

En guise de conclusion, il convient à nouveau de souligner la dimension quasi-prométhéenne du projet dont s'est progressivement investi l'analyse économique du droit. Celle-ci peut apparaître comme "démessurée". Si comme le soulignent R. Encinas de Munagori [2006] ou Legal [2003], il est normal que le juge s'appuie, pour construire son raisonnement, sur les différents champs du savoir scientifique, parmi lesquels la science économique, deux écueils doivent être pris en considération.

Le premier écueil est de surestimer les modèles économiques eux-mêmes. Comme le notait A. Rubinstein [2006], ces derniers fonctionnent comme des fables. Qui plus est, peu importe à l'économiste le degré de réalisme de ses hypothèses du moment où son modèle présente une cohérence interne satisfaisante et une bonne capacité prédictive⁶³. Ce faisant, il convient de ne pas considérer les modèles économiques comme des faits tangibles, porteurs de connaissances ou de certitudes empiriques, comme le note R. Encinas de Munagori [2006]. L'économie peut orienter le raisonnement du juge sur quelques dimensions critiques mais ne peut en aucun fournir la moindre "solution" scientifiquement valide. L'influence que peut exercer l'AED sur le juge peut donc s'expliquer par la volonté "de solliciter des connaissances externes à son domaine pour accroître son autorité et la légitimité de ses décisions" (R. Encinas de Munagori, [2006]). Nous retrouvons ici, selon les termes de B. Ackerman [1987], la position des économistes du droit "souples" pour lesquels l'analyse économique doit jouer un rôle important mais non exclusif dans la construction du discours juridique. Cette ambition peut alors rencontrer l'intérêt des juristes ; l'intérêt conçu dans son sens positif tout d'abord ; celui d'une production des règles éclairée par de multiples points de vue ou angles d'analyse mais aussi l'intérêt conçu dans un sens plus utilitariste, celui d'étayer une position donnée à partir d'arguments d'autorité. En effet, comme l'écrit Ch. Jamin [2005], le juriste peut interpréter de multiples façons les textes qui peuvent fonder une décision. Le droit ne doit pas être conçu, en ce sens, comme reposant sur une neutralité axiologique. Bien au contraire, les arguments qui viennent soutenir les différentes interprétations possibles sont en fait empreints de philosophie morale, quand il ne s'agit de préjugés quant à l'interprétation des textes de lois. À ce titre, les juristes ne sauraient être indifférents aux prescriptions de la science économique dans la mesure où celle-ci leur permet de disposer d'arguments d'autorité leur permettant de faire prévaloir une interprétation sur une autre ou de favoriser une solution de droit substantiel plutôt qu'une autre (Ch. Jamin, [2005]). Autrement dit, l'analyse économique peut être utilisée stratégiquement : "Il est [...] probable que le

⁶³ Voir M. Friedman [1953].

juriste sollicite de [l']économiste qu'il fournisse des munitions dans la lutte que ledit juriste livre contre les tenants d'autres préjugés [relatifs à l'interprétation des textes]". Ainsi, pour Ch. Jamin, les propositions normatives des économistes ne devraient pas être tenues comme méritant plus d'égards que celles des juristes eux-mêmes. En effet, il s'agirait, dans les deux cas, de "bricoleurs munis de systèmes de croyances (à forte dose de théories générales d'un côté, de modélisation de l'autre) propres à convaincre leurs publics respectifs".

Cette vision nous conduit à illustrer ce qui nous apparaît comme un second écueil bien plus périlleux que l'utilisation "opportuniste" de l'analyse économique comme réserve d'arguments d'autorité. Il s'agit pour reprendre les termes de B. Ackerman [1987], de la position des économistes du droit "durs" pour lesquels, il existe une logique économique implicite dans le droit, logique qu'il s'agit de dégager et d'approfondir. Non seulement se pose alors la question de la capacité des économistes à fonder une théorie du droit mais aussi celle de l'existence même d'une "théorie générale du droit positif". Comme le relève Ch. Jamin [2005], "[...] le droit positif n'est pas une théorie ! Autrement dit, présenter celui-ci sous forme de théories générales, travail auquel se livre la doctrine, constitue une tromperie sur un droit positif souvent contradictoire, incohérent et incertain". Il s'agit donc de rationalisations qui ne peuvent rendre compte de la façon dont se construit dans les faits le droit positif.

Au final, le projet de l'AED s'écarte en de nombreux points du pragmatisme américain qui l'a fait naître et du projet de J. Commons (Th. Kirat, [2005]). Au réalisme juridique qui animait la première *Law and Economics* (L. Bazzoli, [1999]) succéderait paradoxalement une approche guère si éloignée du modèle formaliste du droit contre lequel elle s'était construite (J-Y. Chérot, [2008]). Pour l'approche réaliste, le juge devait principalement fonder sa décision sur les effets qu'il pouvait déduire de son expérience quant aux conséquences de celles-ci dans une situation donnée [Holmes, 1881]. En d'autres termes, *we decide and then we deduce*. À l'inverse, l'approche formaliste prédominante au XIX^{ème} siècle cherchait à établir l'existence d'un agencement logique des règles de droit. À partir d'une démarche successivement inductive et déductive, il était espéré dégager des principes permettant à terme de détecter des solutions pour des questions non encore tranchées... et ainsi établir la cohérence et la complétude du droit (J-Y. Chérot, [2008]). L'analyse économique du droit, sauf à "sombrier dans un économisme béat" (L. Grynbaum, [2005]) ou du moins dans un excès de systématisation et de conceptualisation strictement fondé sur l'analyse de l'utilité individuelle, ne peut faire sien un tel projet, lequel s'écarte significativement de la logique suivie par R. Posner. L'analyse économique du droit peut en fait apporter des outils permettant de renforcer l'intelligibilité des paramètres économiques des différents portés devant le juge. L'économie est une science de nature instrumentale. Elle ne peut que constituer un outil d'expertise, dont le juge tiendra compte (mais non exclusivement) pour rendre une décision conforme aux *nécessités perçues du temps*.

ACKERMAN, Bruce [1987], “Deux sortes de recherches en “économie et droit””, *Droit Prospectif - Revue de la recherche juridique*, 2, pp. 429-441.

ATIAS, Chistian [1994], *Épistémologie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 1^{ère} édition, Paris, 128 p.

BAZZOLI, Laure [1999], *L'économie politique de John R. Commons. Essai sur l'institutionnalisme en sciences sociales*, L'Harmattan, coll. Études d'économie politique.

BECKER, Gary [1991], “A note on restaurant pricing and other examples of social influences on price”, *The Journal of Political Economy*, 99, n° 5, October, pp. 1109-1116.

BOY, Laurence [2008], Recension de l'ouvrage de E. Mackaay et S. Rousseau, *Droit & Société*, à paraître.

BUCHANAN, James [1964], “What should economists do ?”, *The Southern Economic Journal*, Vol 30, n° 3, January, pp. 213-222.

_____ [1991], “Economic in the post-socialist century”, *The Economic Journal*, Vol 101, January, pp. 15-21.

CANIVET, Guy [2005], “La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge”, *Les Petites Affiches*, 19 mai, n° 99, pp. 23-28.

CHÉROT, Jean-Yves [2008], “Le concept de droit hartien et l'analyse économique du droit”, *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n° 2008-5, pp. 2529-2539.

COASE, Ronald [1960], “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.

COASE, Ronald [1978], “Economics and contiguous disciplines”, *The Journal of Legal Studies*, vol 7, n°2, pp. 201-211.

COMMONS, J [1925], “Law and Economics”, *Yale Law Journal*, n° 34, pp. 371-382.

DANET, Didier [1993], “La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?”, *Revue internationale de droit économique*, 1-1993, pp.5-27.

DEFFAINS, Bruno (dir) [2002], *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Éditions Cujas, Paris, 393 p.

DEFFAINS, Bruno et FERREY Samuel [2007], “Théorie du droit et analyse économique”, *Droits*, pp. 223-254.

DELMAS-MARTY, Mireille [1994], *Pour un droit commun*, La Librairie du XXe siècle, Seuil, Paris, 306 p.

_____ [1998], *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais, Paris, 201 p.

DESCHAMPS, Marc et MARTY, Frédéric [2008], “Les politiques de concurrences sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? *Réflexions autour de l'affaire Microsoft*”, *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n° 2008-5, pp. 2571-2593.

DE MONTBRIAL, Thierry [2000], “Théorie des jeux”, in *Dictionnaire de Stratégie*, de Montbrial Th. et Klein J. (dir), PUF, 604 p.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE, Loraine [2007], “Dans une économie mondialisée, quel peut être l’avenir des droits nationaux de la concurrence ?”, *Revue Lamy Concurrence*, n° 10, Janvier-Mars, pp. 126-129.

ECA [2008], *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence. Principes pour une convergence*, Groupe de travail ECA sur les sanctions, 7 p.

ENCINAS DE MUNAGORI, Rafael [2006], “L’analyse économique du droit est-elle une source de droit ? Propos sur la doctrine du Premier Président de la Cour de Cassation”, *RTD Civ*, p.505.

FISHER, Franklin [1989], “Game economist play : a noncooperative view”, *The RAND Journal of Economics*, Vol 20, n° 1, Spring, pp. 113-124.

_____ [1991], “Organizing Industrial Organization : reflexions on the Handbook of Industrial Organization”, *Brookings Papers on Economic Activity - Microeconomics*, pp. 201-240.

FISHER, William et HORWITZ, Morton [1993], *American Legal Realism*, Oxford University Press.

FITOUSSI, Jean-Paul [2002], *La règle et le choix : de la souveraineté économique en Europe*, La République des idées, Seuil, Paris, 95 p.

FRIEDMAN, Milton [1953], *Essays on Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953.

GRYNBAUM L [2005], “Le développement de l’analyse économique du droit : vers un néo-positivisme ?”, *RDC*, pp. 1269.

HARNAY, Sophie et MARCIANO, Alain [2003], *Posner. L’analyse économique du droit*, Michalon, Le bien commun, Paris, 121 p.

HERGET, James [2007], “Realism (American Legal),” in Clark David (dir.), *Encyclopedia of Law and Society - American and Global Perspectives*, Sage, Thousand Oaks, California, tome III, pp.1270-1271.

HOLMES Oliver, [1880], “Review of Langdell - A Selection of Cases on the Law of Contracts”, *American Law School Review*, 14, pp. 233 et s.

_____ [1881], *The Common Law*, Little Brown, Boston, réédition Dover Publications Inc., New York, 1991.

_____ [1897], “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, pp. 457-478.

JAMIN, Christophe [2005], “Que répondre à Éric Brousseau ? (je n’ai presque rien à dire à un économiste)”, *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai, pp. 54-59.

KIRAT, Thierry [1998], “Économie et droit. De l’analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?”, *Revue Économique*, Vol 49, n° 4, Juillet, pp. 1057-1087.

_____ [1999], *Économie du droit*, La Découverte, Plon, Paris, 122 p.

_____ [2005], “Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique”, *Papier de Recherche IRISES - Université de Paris Dauphine*, 21 Mars, 15 p.

_____ **et MARTY, Frédéric** [2007], *Économie du droit et de la réglementation*, Gualino, Mémento LMD, Paris, 183 p.

KOOPMANS, Tjalling [1947], “Measurement without Theory”, *Review of Economics Statistics*, volume XXIX, n° 3, August, pp. 161-172.

KORNHAUSER, Lewis [1985], “L’analyse économique du droit”, *Revue de Synthèse*, série III, n° 118-119, pp. 313-329.

LEGAL, Hubert [2003], “Le juge et les instruments de l’analyse économique”, in *L’analyse économique maître ou serviteur du droit de la concurrence*, Les ateliers de la concurrence, Paris, avril.

LOVISI, Claire [2003], *Introduction historique au droit*, 2^{ème} édition, Cours, Dalloz, Paris, 336 p.

MACKAAY, Ejan et Rousseau, Stéphane [2008], *Analyse économique du droit*, seconde édition, Dalloz et Les éditions thémis, Paris et Montréal, 728 p.

MARCIANO, Alain [2007], “Buchanan, Robbins and the subject matter of economics. A note on limited economic imperialism”, 22 avril, 12 p.

MARTY, Frédéric [2007] “Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes”, *Document de travail OFCE*, n° 20, juillet, 31 p.

MCNULTY, Paul [1967], “A note on the history of perfect competition”, *The Journal of Political Economy*, Vol 75, n° 4, August, pp. 395-399.

_____[1968], “Economic theory and the meaning of competition”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol 82, November, pp. 639-656.

MEDEMA, Steven [2008], “Chicago price theory and Chicago Law and Economics : issues on the road to a history of Chicago price theory”, *Center for the History of Political Economy*, Duke University, 19 septembre, 32 p.

MERCURO, Nicolas et MEDEMA, Steven [2006], *Economics and the Law. From Posner to post-modernism and beyond*, seconde édition, Princeton University Press, Princeton et Oxford, 385 p.

MURRIS, Thimoty [2001], “Antitrust Enforcement at the FTC : In a World Continuity”, *American Bar Association Section Annual Meeting*, Chicago, décembre.

POSNER, Richard [1979], “Some uses and abuses of economic in law”, *The University of Chicago Law Review*, vol 46, n° 2, Winter, pp. 281-306.

_____[1985], “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2(1), pp. 85-105.

_____[1987a], “The decline of Law as an autonomous discipline : 1962-1987”, *Harvard Law Review*, vol 100, n° 4, February, pp. 761-780.

_____[1987b], “The Law and Economics movement”, *The American Economic Review*, Papers and Proceedings, vol 77, n° 2, May, pp. 1-13.

_____[1990], *The problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Boston, 512 p.

_____[1993a], “Gary Becker’s contributions to Law and Economics”, *The Journal of Legal Studies*, vol 22, n° 2, June, pp. 211-215.

_____[1993b], “What do justices maximize ? (the same thing everybody else does”, *Supreme Court Economic Review*, vol 3, pp. 1-41.

_____[1993c], *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge Ma.

_____[1995], *The Overcoming Law*, Harvard University Press, Boston, 608 p.

_____[1998], *Economic Analysis of Law*, cinquième édition, Aspen Law and Business, New York, 802 p.

_____ **et PARISI, Francesco (eds)** [1997], *Law and Economics*, Edward Elgar, Critical Writings in Economics, Lyme, 631 p.

ROSENTHAL, Robert [1980], “A model in which an increase in the number of sellers leads to a higher price”, *Econometrica*, vol 48, n° 6, pp. 1575-1579.

RUBINSTEIN, Ariel [2006], "Dilemmas of an economic theorist", *Econometrica*, vol 74, n° 4, July, pp. 865-883.

SEARLE, John [1998], *La construction de la réalité sociale*, Gallimard, Nrf Essais, 303 p.

_____ [2005], "What is an institution ?", *Journal of Institutional Economics*, vol 1, n° 1, pp. 1-22.

SERVANT, Régis [2008], "Le discours normatif de Friedrich Hayek : une normativité élitiste", *disponible sur* <http://uehpe2008.univ-paris1.fr/textesatelecharger.html>.

SERVERIN, Évelyne [1985], *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, Presses de l'Université de Lyon, collection Critiques du Droit.

_____ [2000], *Sociologie du droit*, Repères - La Découverte, Paris, 119 p.

SHAVELL, Steven [2004a], *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 737 p.

SHAVELL, Steven [2004b], *Economic Analysis of Law*, Foundation Press, Cambridge, 121 p.

TIROLE, Jean [1995], *Organisation industrielle*, 2 tomes, ENSAE, Economica, Paris, 940 p.

LES POLITIQUES DE CONCURRENCE SONT-ELLES RÉDUCTIBLES À DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE APPLIQUÉE ? RÉFLEXIONS AUTOUR DE L’AFFAIRE MICROSOFT¹

Par

Marc Deschamps

Université de Nice Sophia-Antipolis – GREDEG – CNRS

Frédéric Marty

*CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
OFCE – Institut d’Études Politiques de Paris*

Pour de nombreux auteurs, le droit de la concurrence constitue une branche appliquée de la théorie économique (voir Th. Kirat, [1998]). Les liens entre analyse économique du droit et droit de la concurrence existent non seulement au travers des instruments utilisés par les autorités de concurrence mais aussi du fait de l’histoire même de la *Law and Economics* [Kirat et Marty, 2007]. En effet, l’analyse économique des politiques de concurrence se situe à la source de la seconde fondation de la *Law and Economics* au sein de l’Université de Chicago dans l’immédiat après-guerre [Coase, 1993]. Après avoir publié *La route de la servitude* aux Presses Universitaires de Chicago [Hayek, 1944], Hayek se vit proposer par le Volker Fund de Kansas City de coordonner une initiative en faveur de la promotion du libéralisme. Outre la fondation de la Société du Mont Pèlerin, le programme “A Free Market Study” conduisit à la création dans le cadre de la *Law School* de Chicago d’un cours d’économie au sein du cursus de droit, en l’occurrence un cours d’analyse économique des politiques publiques et de l’antitrust. Ce ne fut que progressivement que la *Law and Economics* étendit son programme de recherche au-delà des politiques de concurrence et de la régulation des monopoles vers le droit “non” strictement économique, à l’instar des règles de responsabilité ou du droit de la propriété intellectuelle [Kirat, 2003]. Au-delà de ce lien originel, l’analyse économique joue un rôle déterminant dans les politiques de concurrence, par exemple en matière de caractérisation des délits ou de définition de “sanctions optimales” permettant à la fois de sanctionner ceux-ci *ex post* ou de dissuader *ex ante* les firmes de les mettre en œuvre [Combe, 2006].

En fait, la théorie économique ne se borne pas à fournir des règles incitatives aux autorités de la concurrence ; elle tend à devenir, de part et d’autre de l’Atlantique, l’un des principaux fondements des politiques de la concurrence elles-

¹ Nous tenons à remercier tout particulièrement J-Y. Chérot ainsi que E. Elabd et J. Pillot pour leur aide et leurs commentaires. Nous adressons de la même façon nos remerciements à C. Savard-Chambard, P. Bernhard, P. Reis, S. Béal et L. Boy pour leurs relectures et conseils sur une première version de ce texte. Nous restons toutefois seuls responsables des omissions, imprécisions et erreurs qui pourraient subsister.

mêmes. La convergence vers des analyses concurrentielles fondées sur la théorie économique est, en effet, considérée comme un vecteur déterminant pour garantir à la fois l'efficacité des décisions et une réelle sécurité juridique [Marty, 2007b]. Ce rôle est "salué" par un célèbre article de synthèse sur les évolutions de la législation antitrust américaine le long du vingtième siècle, publié par deux des meilleurs spécialistes du domaine, W. Kovacic et C. Shapiro [1999]. Ceux-ci concluent leur article en relevant que le recours croissant aux outils de la science économique aurait conduit à deux apports majeurs en matière de conception et de mise en œuvre des politiques de concurrence. Le premier tient à la démonstration de la supériorité des mécanismes de marché en matière d'allocation efficace des ressources. Le second est de fournir aux juges des outils leur permettant de rendre des décisions robustes, en d'autres termes de renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques en fondant leurs décisions sur des tests économiques objectifs et fiables.

Initiée aux États-Unis dès 1976 avec le Hart-Scott-Rodino Act, le mouvement vers des politiques de concurrence de plus en plus fondées sur des critères économiques a progressivement gagné l'Union européenne, notamment à la suite d'annulations, par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE), de décisions de la Commission en matière de contrôle des concentrations, sur la base "d'erreurs manifestes d'appréciations" en matière de raisonnement économique (Marty, [2007a]). Ainsi, la modernisation des règles de concurrence applicables au contrôle des concentrations en 2004 s'inscrit pleinement dans une logique de renforcement la sécurité juridique des firmes au travers d'un appui croissant sur des tests économiques. Comme le relève le rapport de l'OCDE sur la politique de concurrence européenne, publié en 2005, "La législation de la concurrence dans l'Union Européenne est dans une situation transitoire avec des politiques antitrust, concernant les fusions et les aides d'État, fondées de manière croissante sur des considérations économiques et de marché. La modernisation des concepts inscrit l'analyse de fond dans un format gérable tout en rendant ses fondements économiques plus explicites" (Wise, [2005]). De la même façon, dans son rapport 2005 sur les politiques de concurrence, la Commission européenne [2006] insiste sur le fait que "les enquêtes menées par la DG Concurrence tendent également à s'appuyer sur des recherches de plus en plus approfondies. L'accent est mis sur la détermination de préoccupations en matières de concurrence reposant sur une analyse économique fiable et solidement fondée en faits". Pour citer un dernier exemple, lequel sera au centre de notre article, Ch. Montet [2008], dans son analyse des fondements économiques de la décision du TPICE dans l'affaire Microsoft, insiste sur le changement d'approche des autorités européennes en matière de caractérisation des abus dominants. À une ancienne approche qui aurait mené à sanctionner de façon quasi automatique une firme dominante sur un marché donné qui aurait délibérément mis en place des obstacles à une concurrence par les mérites sur un marché dérivé aurait succédé une "analyse de plus en plus fouillée du bilan économique de chaque cas, l'accent étant mis sur les conséquences pour le bien-être des consommateurs".

Les politiques de concurrence, parce qu'elles exigent de nombreuses compétences, semblent souvent n'être conçues que comme une somme de questions techniques. En effet, comme le relève A. Jeammaud [1990], le droit de la concurrence n'a au final que peu de choses à voir avec un régime de règles déontiques. Il procède, en fait, d'un processus de construction réflexive des règles au travers du règlement des contentieux. À ce titre, l'influence de l'analyse économique dans la décision des autorités de la concurrence est telle qu'il apparaît pour certains,

comme le note Th. Kirat [1998], que “le droit de la concurrence est, de fait, une branche appliquée de la théorie économique”. Il en va d’ailleurs de même pour l’ancien Premier Président de la Cour de Cassation, G. Canivet [2005], pour lequel les “notions souples” du droit de la concurrence “ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques”. Il apparaît ainsi, pour certains, que sur ces questions, tous les êtres humains, à partir du moment où ils sont rationnels, devraient inéluctablement aboutir aux mêmes conclusions. De ce fait, l’analyse économique fournirait une réponse scientifique unique et optimale à chaque question, et toute difficulté proviendrait d’une mauvaise mise en œuvre. La solution à une éventuelle divergence consisterait alors simplement à démontrer où résident les erreurs et à les corriger.

Cependant, il convient de s’interroger si un tel recours croissant à l’analyse économique permet d’aboutir sur des décisions à la fois “efficaces” et “prévisibles” mais aussi consistantes de part et d’autre de l’Atlantique. Or, l’arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 dans l’affaire Microsoft, dossier emblématique et stratégique s’il en est, témoigne d’une très nette divergence d’appréciation entre les autorités de la concurrence européennes et américaines. Nous nous interrogerons, dans le cadre de cet article, sur les origines d’une telle différence de vue, laquelle peut apparaître d’autant plus surprenante que les deux autorités de la concurrence ont adopté des approches résolument fondées sur l’analyse économique. Celle-ci est-elle liée à une mauvaise application de la théorie par l’une d’entre-elles ou à une incapacité de la théorie économique à fournir une règle de décision efficace ? S’il s’agit de la seconde solution pourrait-on considérer qu’il ne s’agit comme le considèrent E. Mackaay et S. Rousseau [2008] d’une insuffisance “provisoire”² ou au contraire d’une impossibilité définitive de fournir une règle permettant de fournir une réponse unique à de telles problématiques ? De la même façon, peut-on même considérer comme souhaitable que la théorie économique puisse à terme fournir un tel type de règle ?

Pour répondre à ces questions, nous présenterons dans une première partie l’affaire Microsoft telle qu’elle a été traitée par les autorités de la concurrence américaine et européenne, avant de nous attacher en seconde partie à l’utilisation de la théorie des facilités essentielles par la Commission européenne pour expliquer les divergences transatlantiques. Enfin, en guise de conclusion nous nous interrogerons sur le sens que pourrait revêtir une politique de la concurrence fondée sur les prescriptions de la théorie économique.

I. L’affaire Microsoft : Les différences d’approches entre les autorités de concurrence américaines et européennes

Au-delà du fait que Microsoft est depuis longtemps l’une des entreprises ayant l’une des plus forte capitalisation boursière et que presque chacun d’entre nous utilise chaque jour les produits vendus par cette firme, l’affaire Microsoft est exceptionnelle. En effet, si son caractère singulier sur le plan économique provient du rôle central qu’occupe cette firme dans les secteurs des nouvelles technologies,

² “Dans l’ensemble, les droits de propriété intellectuelle constituent un domaine où l’analyse économique du droit peut exercer son rôle décapant pour focaliser l’attention sur les véritables enjeux. Elle ne semble pas parvenue cependant à articuler un test qui nous permettrait de déterminer avec assurance la structure optimale de ces droits. Invitation aux chercheurs en quête d’un prix Nobel...” [p. 325, § 1156].

elle représente également une véritable “saga judiciaire” des deux côtés de l’Atlantique.

A. Microsoft face à l’antitrust américain

Aux États-Unis³, la FTC (Federal Trade Commission) entama en 1990 une enquête sur les pratiques de licence de logiciels aux fabricants d’ordinateur personnel pour déterminer si une pratique de forclusion⁴ avait été mise en œuvre. L’action était notamment portée par le grief d’une possible collusion avec IBM. Après investigations, la FTC conclut que Microsoft n’avait pas utilisé de pratiques déloyales et que le marché était au final caractérisé par une concurrence extrêmement vigoureuse. Toutefois, dès 1993, A. Bingaman, à la tête de l’Antitrust Division du DoJ (Department of Justice), décida de rouvrir une enquête portant sur les logiciels de système d’exploitation et en particulier sur les pratiques mises en œuvre par Microsoft. À nouveau, l’action n’arriva pas à son terme à la suite d’un accord à l’amiable (*consent decree*)⁵ entre la firme et les autorités, au terme duquel celle-ci acceptait notamment de limiter ses accords de licence avec les équipementiers, et en particulier, acceptait de ne plus lier systématiquement les licences de son système d’exploitation aux licences de ses autres produits (restait seulement la possibilité, à la demande des clients, de les intégrer).

À la suite du développement de l’utilisation d’Internet, une nouvelle phase de la “saga Microsoft” commença. Constatant l’apparition du logiciel Mosaic, mais surtout l’ascension fulgurante du logiciel de navigation Navigator, développé par Netscape, Microsoft saisit l’importance stratégique du marché des navigateurs Internet. Après le refus opposé par Netscape à un accord de coopération, Microsoft décida de produire et d’intégrer gratuitement son propre logiciel de navigation, Internet Explorer, à son système d’exploitation Windows et ce faisant de l’imposer aux équipementiers. La Division Antitrust du DoJ, sur requête de Netscape, décida alors d’enquêter à nouveau sur les agissements de Microsoft accusant cette dernière de violer la transaction conclue auparavant. Le juge Th. Jackson reçut la demande du gouvernement, mais sa décision fut largement infirmée par la Cour d’appel du District de Columbia qui considéra que Microsoft avait démontré que la combinaison du logiciel de navigation et du système d’exploitation offrait une fonctionnalité qui ne serait pas disponible sans l’intégration des produits.

Toutefois, l’affaire rebondit presque aussitôt, puisqu’en 1998 la Division Antitrust du DOJ accompagnée de vingt États et du District de Columbia engagea une action judiciaire à l’encontre de Microsoft en soutenant qu’il y avait en la matière une double violation du Sherman Act. La première tenait à des pratiques visant à établir un monopole sur le marché des systèmes d’exploitation. La seconde résidait dans une tentative de *monopolisation* sur le marché des navigateurs sur Internet. Selon les autorités, la menace qui résultait du langage Java et de Netscape Navigator sur Microsoft incita ce dernier à mettre en œuvre des comportements anticoncurrentiels (partage de marché, stratégie de prédation, tentative d’exclusion de

³ Outre les références directes aux institutions en charge de la politique de la concurrence aux États-Unis, notre présentation de la “saga Microsoft” aux États-Unis d’Amérique s’appuie principalement sur les articles de G. Stolyarov [2007] et J-Y. De Cara [2008].

⁴ Pour une appréhension de la notion de forclusion du marché on se reportera à E. Combe [2005, pp 248-261].

⁵ Cette transaction, bien que rejetée dans un premier temps par le juge S. Sporkin qui la trouve trop complaisante pour Microsoft, sera reconnue en appel par le juge Th. Jackson.

concurrents sur le marché des logiciels, intégration de Windows 98). Le juge Th. Jackson, constatant différentes violations du droit Antitrust et l'échec de la médiation organisée sous l'égide de R. Posner, se prononça alors en 2000 pour le plus fort remède structurel disponible : la scission de l'entreprise en deux entités (l'une pour les systèmes d'exploitation d'ordinateurs personnels, l'autre pour les logiciels d'application) sur le modèle du démantèlement d'AT&T en 1982⁶. Jackson précisa néanmoins que la firme resterait en l'état tant que toutes les voies de recours n'auraient pas été épuisées. Après un renvoi par la Cour Suprême fédérale, la Cour d'appel du District de Columbia critiqua sèchement le comportement et les déclarations hors cours du juge Th. Jackson et décida à l'unanimité d'annuler la décision de démantèlement. En conséquence, elle réforma profondément le jugement en substituant l'application de la règle de raison à l'interdiction *per se* des ventes liées. Elle considéra néanmoins que Microsoft s'était rendu coupable de violation de la section 2 du Sherman Act en cherchant par des pratiques illicites à consolider son pouvoir de marché et renvoya l'affaire devant la juge C. Kollar-Kotelly. Une transaction fut, au final, négociée en 2002⁷. Dans le cadre de celle-ci la Division Antitrust du DoJ a spécifié les obligations de Microsoft, notamment en matière d'interopérabilité. Microsoft s'est notamment engagé à divulguer ses interfaces "middleware" de façon à permettre aux firmes concurrentes de créer des produits concurrents à certaines fonctions intégrées des produits de Microsoft. De la même façon, la divulgation des protocoles serveur vise à s'assurer que Microsoft n'utilise pas son monopole dans le domaine des systèmes d'exploitation pour limiter la concurrence sur les serveurs. Des procédures de contrôle du respect des engagements étaient prévues dans le cadre de cette transaction, au travers notamment de la nomination d'experts indépendants et d'une obligation de contrôle de la part des états fédérés. Si la transaction mit fin à la procédure, même si certains états fédérés et, plus tard, deux associations professionnelles tentèrent d'obtenir une révision, voire une annulation, de l'accord.

B. Le traitement de l'affaire Microsoft au niveau de l'Union européenne

Au niveau de l'Union européenne, l'affaire Microsoft a en fait dépassé tous les standards usuels des dossiers traitant d'abus de position dominante. En effet, comme le souligne R. Garcia-Valdecasas [2008], juge au TPICE dans cette affaire, ce cas est à bien des égards hors normes. Ainsi il s'agit cumulativement, au niveau du TPICE, de "l'affaire la plus médiatique" que le Tribunal ait eu à connaître depuis sa création en 1989, de l'enquête "la plus laborieuse et la plus profonde jamais faite en matière d'abus de position dominante", de "plusieurs milliers de pages de mémoires et d'innombrables annexes d'une grande complexité technique", d'une affaire ayant nécessité un délibéré de plus d'un an, et d'un arrêt de 300 pages et de 1080 considérants.

⁶ Le démantèlement de firmes utilisé comme remède structurel en matière de politiques de concurrence n'est guère l'apanage des États-Unis. En septembre 2007, dans le cadre du Troisième Paquet Énergie, la Commission européenne a ouvert cette possibilité pour réaliser une séparation définitive entre les activités de transport et de production et de distribution électrique (*unbundling*). De façon encore plus récente, la Competition Commission britannique a proposé, le 20 août 2008, le démantèlement de BAA plc, gestionnaire de sept des plus importants aéroports britanniques (Donnedieu de Vabres- Tranié, [2008]).

⁷ Voir le communiqué du 2 novembre 2001 (http://www.usdoj.gov/opa/pr/2001/November/01_at_569.html).

L'affaire⁸ commence en 2000 sur la base d'informations communiquées par des utilisateurs finals, des PME du secteur informatique et des concurrents de Microsoft, qui souhaitent tous rester anonymes. La DG concurrence, sous la direction de M. Monti, décide de demander formellement à Microsoft, au titre de l'article 11 du Règlement 17/62, de lui communiquer des renseignements concernant les nouvelles caractéristiques techniques de Windows 2000 sous un délai de quatre semaines. Ces renseignements ayant, selon le communiqué du 10 février 2000 (IP/00/141) de la DG Concurrence, pour objet de "permettre à la Commission de vérifier les informations selon lesquelles Microsoft a conçu Windows 2000 de manière à tirer profit, sur les marchés des systèmes d'exploitation pour serveurs, et au-delà, sur celui, florissant, du commerce électronique, de la position dominante dont l'entreprise jouit dans les systèmes d'exploitation pour PC". En effet, selon les informations qu'a reçues à cette époque la Commission, "Microsoft, à l'occasion de la commercialisation de Windows 2000, aurait lié son système d'exploitation pour PC à ses propres logiciels pour serveurs et à d'autres logiciels Microsoft (aussi appelés "middleware" ou logiciels personnalisés, qui offrent des fonctions permettant d'améliorer l'efficacité des systèmes d'exploitation client/serveur, notamment le "back office" ou des tâches de sécurité) de telle façon que seuls les produits de Microsoft soient parfaitement compatibles entre eux. Les concurrents de Microsoft, qui n'ont pas accès à ces interfaces, en subiraient, selon ces informations, de graves désavantages concurrentiels qui permettraient en définitive à Microsoft d'étendre la position dominante dont elle jouit sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC aux marchés, étroitement liés à celui-ci, des logiciels pour systèmes d'exploitation de serveurs et du "middleware" au travers de la mise en œuvre d'une stratégie de levier. Toujours selon ces informations, les clients seraient *de facto* obligés d'acquérir Windows 2000 pour serveurs s'ils souhaitent exploiter à fond les fonctions propres à Windows 2000 pour PC". À cette occasion, la Commission prend soin de distinguer cette procédure de celle engagée aux États-Unis⁹.

Suite à cela et au dépôt préalable en 1998 d'une plainte de Sun Microsystems, la Commission, sur l'initiative de M. Monti, a transmis à Microsoft, le 3 août 2000, une communication des griefs. Celle-ci soupçonne la firme "d'utiliser sa position dominante dans le domaine des systèmes d'exploitation de micro-ordinateurs pour tenter de contrôler également des logiciels pour serveurs" (Communiqué IP/00/906). La DG concurrence explique à cette occasion que : "Microsoft détient environ 95 % du marché des systèmes d'exploitation (OS) pour micro-ordinateurs où il jouit d'une position dominante pratiquement incontestée. D'où sa demande que l'interopérabilité soit garantie pour permettre une réelle

⁸ Il s'agit là en fait d'un nouvel épisode, car comme le note la Commission, celle-ci a déjà eu auparavant à traiter des affaires dans lesquelles Microsoft était impliquée (accords de licence concédés par Microsoft à des fabricants de PC, affaire Santa Cruz contre Microsoft, accords conclus entre Microsoft et des fournisseurs de services Internet, ou encore Micro Leader contre Microsoft).

⁹ Elle note ainsi que : "Il convient de distinguer la procédure engagée aux États-Unis et la première étape d'un examen provisoire des allégations dont la Commission a été saisie. *L'objet de la procédure américaine et celui des allégations en question sont différents.* Les allégations que la Commission a maintenant décidé d'examiner plus en détail portent principalement sur le fait que Microsoft tente d'étendre la position dominante qui est la sienne sur un marché (celui des systèmes d'exploitation pour PC) à d'autres marchés, tandis que *la procédure engagée aux États-Unis porte principalement sur les mesures prises par Microsoft pour maintenir sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC*" (mis en italique par nous).

concurrence”¹⁰. À cette occasion, soulignant l’aspect crucial de cette affaire, M. Monti déclara ainsi que : “La Commission se réjouit de tous progrès et innovations véritables dans le domaine de l’informatique, quels qu’en soient leurs auteurs, comme étant extrêmement positifs pour le secteur et pour les consommateurs en général. La protection efficace des droits d’auteur et des brevets est cruciale pour le progrès technique. Mais la Commission ne tolérera pas qu’une position dominante sur un marché donné soit étendue à des marchés voisins en s’appuyant sur des pratiques anticoncurrentielles et sous prétexte de protéger ses droits d’auteur. Toutes les entreprises qui souhaitent être présentes dans l’Union européenne doivent respecter ses règles de concurrence et je suis déterminé à appliquer ce principe de manière rigoureuse”.

Procédant de manière peu usuelle, M. Monti fit, concernant cette affaire, une déclaration le 18 mars 2004 (IP/04/365) au terme de laquelle il expliqua qu’en dépit de “l’attitude constructive et [de] l’esprit de coopération dont Microsoft a fait preuve au cours des semaines passées” tout comme “du degré élevé de professionnalisme des membres de l’équipe Microsoft, à tous les niveaux”, il n’avait pas été possible d’aboutir à un accord. Il indiquait alors que “la meilleure solution consiste [alors] à adopter une décision qui créera un précédent fort” puisque “nous avons en effet tout particulièrement besoin d’un précédent qui définisse clairement les principes qui devront, à l’avenir, guider le comportement de toute entreprise détenant une position dominante aussi forte sur le marché”.

La Commission conclut alors le 24 mars 2004 (IP/04/382), que Microsoft avait “enfreint les règles de concurrence communautaires en abusant de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d’exploitation pour PC afin de restreindre la concurrence sur les marchés des systèmes d’exploitation pour serveurs de groupe de travail et des lecteurs multimédias”. Elle décida en conséquence, puisque ce comportement illicite n’avait pas encore cessé, d’ordonner à Microsoft de “divulguer à ses concurrents, dans un délai de 120 jours, les informations sur les interfaces nécessaires pour que leurs produits puissent dialoguer avec le système d’exploitation Windows” et dans un délai de 90 jours de “proposer aux équipementiers (et aux utilisateurs finals) une version de son système d’exploitation Windows qui ne comprenne pas le lecteur Windows Media”. Elle infligea à Microsoft dans le même temps une amende record de 497 millions d’euros pour avoir abusé de son pouvoir de marché dans l’UE. Il importe de souligner que la Commission précisait que “*dans la mesure où certaines informations concernées pourraient être couvertes par des droits de propriété intellectuelle valables dans l’Espace économique européen, Microsoft pourrait prétendre à une rémunération, qui doit demeurer raisonnable et non-discriminatoire*”. La divulgation ne concerne que la documentation sur les interfaces, et non le code source Windows, qui n’est pas nécessaire au développement de produits interopérables” (mis en italique par nous). Fait exceptionnel, la Commission indiquait qu’elle nommerait un mandataire pour assurer la mise en œuvre efficace et dans les délais prescrits par sa décision.

¹⁰ “Or cette interopérabilité n’est effective que si les logiciels pour PC et pour serveurs peuvent communiquer au moyen de liens, dits “interfaces”. Pour être en mesure de concevoir des logiciels pour serveurs capables de communiquer avec le client ordinateur Windows, les concurrents de Microsoft doivent connaître les informations relatives à l’interface – des informations techniques, voire certaines parties du code source de Windows. Sans logiciels interopérants, et vu la puissance écrasante de Microsoft sur le marché des logiciels pour PC, les utilisateurs de Windows pour PC en réseau seraient de facto obligés d’utiliser des logiciels pour serveurs Windows s’ils souhaitaient obtenir une interopérabilité totale” (Communiqué IP/00/906).

Ayant fait appel de la décision rendue par la Commission, notamment en ce qui concerne les mesures correctrices, le TPICE eu à se prononcer sur cette affaire. Celui-ci, dans un arrêt rendu le 17 septembre 2007 confirma pour l'essentiel la décision rendue par la Commission concernant l'abus de position dominante de Microsoft, tant sur le volet des ventes liées que sur celui de l'interopérabilité¹¹. Sur ce dernier volet, le Tribunal considère tout d'abord que le refus de fournir les informations relatives aux protocoles d'interface pose un problème spécifique dans la mesure où Microsoft est en position dominante. Sa jurisprudence, en effet, conduit à pouvoir considérer, dans certaines circonstances, qu'un refus de contracter de la part d'une entreprise en position dominante peut être constitutif d'un abus (alors qu'en principe les entreprises demeurent libres de choisir leurs partenaires commerciaux). Dans le cas d'espèce, le Tribunal considère que la Commission n'a pas commis d'erreur en considérant que ces circonstances particulières étaient bien réunies (le refus doit porter sur un actif indispensable à l'exercice d'une activité sur un marché connexe, il est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce dernier et fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs).

Face à ces deux analyses divergentes de part et d'autre de l'Atlantique des comportements mis en œuvre par Microsoft deux positions semblent possibles.

La première consiste à soutenir que soit les États-Unis, soit l'Union européenne, se trompent dans leur analyse et commettent donc une erreur. C'est ainsi que dès le lendemain de la décision du TPICE, T. Barnett, le directeur de l'Antitrust Division du DOJ, publia un communiqué de presse où il déclarait que : "Nous sommes [...] préoccupés par l'application unilatérale par le Tribunal de Première Instance (communautaire) qui, plutôt que d'aider les consommateurs, pourrait avoir la conséquence malheureuse de les défavoriser en entravant l'innovation et en décourageant la concurrence. Aux États-Unis, les règles de l'antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents. En l'absence d'une atteinte avérée aux consommateurs, toutes les firmes, y compris les entreprises en position dominante, sont encouragées à se concurrencer vigoureusement. Les tribunaux américains reconnaissent les bénéfices potentiels pour les consommateurs quand une firme, même en position de leadership, prend unilatéralement la décision d'investir, par exemple en ajoutant des fonctionnalités à ses produits ou en octroyant des licences d'exploitation à des rivaux, ou en refusant de le faire", accusant ainsi l'Europe de ne pas favoriser la concurrence mais au contraire de porter assistance à des entreprises mises en difficultés par cette dernière.

La seconde position, qui est celle que nous défendons, consiste au contraire à soutenir que cette profonde divergence ne résulte pas d'une plus ou moins grande habileté à comprendre une situation à partir d'une analyse économique, mais d'une vraie différence quant à la conception de ce qu'est la politique de concurrence. En effet, si l'on fait abstraction de la question des ventes liées¹², et que l'on perçoive l'affaire Microsoft comme une affaire de licence obligatoire, de prédation ou

¹¹ Il annula cependant les éléments de la décision qui concernait la désignation d'un mandataire indépendant dans la mesure où ils "ne trouvent pas de fondement juridique en droit communautaire".

¹² Sur ce point on pourra se reporter à L. Idot [2005].

d'activation de la théorie des infrastructures essentielles¹³, la différence majeure entre l'Europe et les États-Unis nous semble reposer sur le fait que dans un cas la politique de la concurrence veille au niveau et à l'intensité de la concurrence, alors que dans l'autre la politique de la concurrence vise aux conditions d'existence de la concurrence. On retrouverait ici, d'une certaine façon, la divergence que l'on a pu constater dans les libéralisations des industries de réseaux.

Ainsi, loin de considérer que les États-Unis jouerait systématiquement un rôle d'éclaireur, voir de leader, dans le domaine de la politique de la concurrence, il nous semble que la principale leçon à tirer de la "saga" Microsoft repose sur le fait qu'il s'agit de *politique*, au sens premier du terme, c'est-à-dire de choix et non de règles¹⁴.

II. Les divergences de part et d'autre de l'Atlantique proviennent-elles de l'utilisation de la théorie des facilités essentielles¹⁵ ?

Comprendre la position des autorités de la concurrence européennes dans l'affaire Microsoft, ainsi que les vifs débats que celle-ci a suscité de part et d'autre de l'Atlantique, suppose, à notre sens, de revenir sur la jurisprudence concurrentielle communautaire en matière de théorie des facilités essentielles et son application à des actifs intangibles, tels les droits de propriété intellectuelle.

A. Un concept largement adopté en Europe

Une facilité essentielle désigne une ressource, détenue par une firme dominante, qui s'avère indispensable pour permettre à ses concurrents d'exercer leur activité sur le marché pertinent et qui est impossible à reproduire par des moyens raisonnables (financiers, techniques et temporels). Dès lors que l'instance juge une infrastructure comme étant "essentielle", elle peut obliger le titulaire de la facilité à ouvrir l'accès à celle-ci dans des conditions raisonnables pour garantir la contestabilité du marché¹⁶. En d'autres termes, le refus d'accès a pour effet d'évincer le concurrent du marché. La théorie des facilités essentielles, initialement utilisée en matière de régulation des infrastructures de réseaux, a été peu à peu appliquée, par les politiques de concurrence communautaires, vers les actifs intangibles.

En effet, les premières applications en droit communautaire de la notion en matière d'infrastructures remonte à la décision B&I / Sealink de 1992. La jurisprudence européenne en matière d'éviction d'un concurrent de ressources essentielles à son activité a en fait initialement porté sur des comportements de forclusion en matière de fournitures de matières premières. Il s'agissait de cas de refus d'approvisionnement ou d'approvisionnements réalisés dans des conditions discriminatoires¹⁷. Pour les facilités essentielles proprement dites, la jurisprudence

¹³ La question semble débattue tant chez les économistes que chez les juristes comme le démontre notamment la dernière livraison de la *Revue Lamy de la concurrence* [2008] qui consacre près de 60 pages à des analyses et commentaires.

¹⁴ Pour la présentation et l'articulation de cette distinction dans le cadre de la BCE (Banque Centrale Européenne) nous renvoyons à J-P. Fitoussi [2002].

¹⁵ Pour des analyses plus détaillées sur ce point on se reportera à F. Marty et J. Pillot [2009a] [2009b] dont nous reprenons certains éléments.

¹⁶ Décision n° 98/190 de la Commission européenne du 14 janvier 1998, JOCE n° L72, 11 mars 1998.

¹⁷ Par exemple, CJCE, 6 mars 1974, ICI Spa et Commercial Solvents / Commission ; affaires jointes 6 et 7 / 73.

communautaire a progressivement dégagé un ensemble de critères permettant de concilier le renforcement de la contestabilité du marché avec le respect des droits de propriété de l'opérateur concerné (M-A. Frison-Roche et M-S. Payet [2006]). Premièrement, l'infrastructure doit être entre les mains d'un opérateur doté d'une puissance économique. Deuxièmement, l'accès à la facilité concernée doit être indispensable à l'exercice de la concurrence. Troisièmement, il doit être raisonnablement impossible de reproduire la facilité en question dans des conditions économiquement acceptables. À ce titre, le cas Bronner (demande d'accès au réseau de distribution mis en place par un quotidien concurrent) montre qu'il ne s'agit que de contournements déraisonnablement coûteux. Un accès obligatoire ne peut être accordé sur la seule base que les substituts sont économiquement moins avantageux¹⁸.

L'activation de cette théorie dans l'affaire Microsoft¹⁹ s'inscrit dans cette dynamique jurisprudentielle et fait plus particulièrement suite à deux précédents, les affaires Magill en 1995²⁰ et IMS Health en 2004²¹. Dans les deux cas, les autorités de la concurrence européennes ont contraint le détenteur de droits de propriété intellectuelle à accorder une licence obligatoire²². Dans l'affaire *Magill*, la CJCE a jugé que le refus opposé par les chaînes de télévisions irlandaises de communiquer leurs grilles de programmes à la société Magill, laquelle souhaitait éditer un guide hebdomadaire regroupant les programmes des six chaînes nationales, constituait un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité. En l'espèce, les chaînes considéraient qu'elles étaient propriétaires des informations relatives à leurs grilles de programmation et à ce titre qu'elles n'avaient pas à transmettre ces dernières à un tiers. Le juge a considéré que l'information protégée constituait une facilité essentielle en ce sens qu'elle était indispensable à la société Magill TV Guide Ltd. pour mettre sur le marché un produit différencié (un guide généraliste) susceptible d'apporter une plus-value aux consommateurs. Pour la CJCE, les chaînes de télévision avaient abusé de leur position dominante sur un marché amont pour entraver l'apparition d'une nouvelle offre, non directement concurrente des leurs sur un marché aval. En d'autres termes, le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée constitue un abus de position dominante dès lors que ce refus est à la fois injustifié, de nature à exclure toute concurrence sur des marchés dérivés et empêche l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle²³.

¹⁸ CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH, aff C-7/97.

¹⁹ Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, Arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft Corporation / Commission.

²⁰ Arrêts C-241/91 P et C-242/91 P. Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission des communautés européennes, 6 avril 1995.

²¹ Arrêt C-418/01 du 29 avril 2004 relative à l'affaire I.M.S. Health GmbH et a. c / N.D.C. Health GmbH.

²² Le recours à la théorie des facilités essentielles fait bien évidemment débats et ce de façon d'autant plus vive que celle-ci concerne des droits de propriété intellectuelle. Si le recours à cette théorie apparaît comme sous-jacent dans l'affaire Magill et beaucoup explicite dans la décision de la Commission du 3 juillet 2001 relative à l'affaire IMS (ainsi d'ailleurs que dans la décision Bronner), la CJCE, dans son arrêt du 29 avril 2004 revient à l'exigence des "circonstances exceptionnelles" dégagées de l'arrêt Magill pour caractériser un abus et ensuite seulement ordonner une licence obligatoire [Sardain, 2004].

²³ Un refus d'octroi de licence d'une entreprise en position dominante ne constitue pas en lui-même un abus (CJCE, Volvo c. Veng, aff 238/87, 5 octobre 1998).

Accorder une licence obligatoire pour un produit nouveau pourrait venir corriger un effet pervers des droits de propriété intellectuelle qui serait de donner à son détenteur un outil de blocage de l'ensemble des innovations de suite qui pourraient s'inscrire dans la continuité de son innovation initiale. Ainsi, l'introduction du critère d'un produit nouveau pouvait apparaître comme un garde-fou contre d'éventuelles stratégies de parasitisme menées par des firmes souhaitant mettre sur le marché des produits "clonant" ceux de l'entreprise détentrice des DPI (voir C. Prieto [2004]). Comme le note cependant F. Sardain [2004], le critère de l'apparition du produit nouveau "que le titulaire de droit n'offre pas" est assez ambigu dans l'arrêt IMS dans la mesure où ce dernier intervient lui-même sur le marché dérivé. Il est en effet possible de se demander "si un produit divergeant seulement par quelques spécificités par rapport au produit initial, mais lui demeurant substituable, ne pourrait pas être considéré comme 'nouveau'".

Or, l'arrêt IMS vint remettre en cause cette condition. En l'espèce, IMS avait construit une base de données sur les ventes des pharmacies allemandes sur la base d'une structure modulaire s'appuyant sur les codes postaux, laquelle devint rapidement le standard du marché²⁴. La société NDC, nouvelle entrante, décida de ce fait d'opter pour une base de données s'appuyant sur la même structure. L'entreprise IMS, titulaire des droits sur cette dernière, répliqua par un refus de vente de sa base de données protégée par le droit d'auteur. La jurisprudence *Magill* n'avait *a priori* aucune raison de s'appliquer dans la mesure où NDC proposait un produit en tout point équivalent à celui d'IMS. Or, les autorités de la concurrence appliquèrent la théorie des facilités essentielles comme elles l'auraient fait en matière d'ouverture à la concurrence des réseaux de service public, en considérant que le détenteur de l'infrastructure devait permettre l'accès à des concurrents pour rendre possible la compétition. Comme la structure basée sur les codes postaux était devenue le standard sur le marché allemand, un refus de licence empêchait *de facto* l'entrée de tout nouveau compétiteur sur le marché. Le refus devait, à ce titre, être considéré comme un abus de position dominante. L'arrêt *IMS* a donc conduit à un glissement de l'application la notion de facilité essentielle en faveur de firmes opérant sur le même marché. En ce sens, il marque un approfondissement de la logique de l'arrêt *Magill* qui se "limitait" à donner la possibilité à des firmes de demander une licence obligatoire pour offrir une offre nouvelle sur un marché connexe à celui du titulaire du DPI.

La décision de la Commission dans l'affaire Microsoft en 2004, tend à étendre encore le champ d'application de la théorie des facilités essentielles en ce sens que peut désormais être retenu le préjudice subi par le consommateur du fait de l'immobilisme technique pouvant résulter du refus de fourniture²⁵. La stratégie de levier dont Microsoft se serait rendu coupable selon la Commission avait pour objet d'étendre la position dominante détenue par la firme sur le marché des SE pour PC à celui des SE pour serveurs. Cette stratégie est d'autant plus contestable que Microsoft, après avoir dans un premier temps très largement diffusé les informations relatives aux interfaces de son SE, a par la suite progressivement restreint l'accès au

²⁴ IMS fournit des statistiques sur les prescriptions de médicaments aux laboratoires pharmaceutiques. La structure modulaire adoptée par IMS avait été élaborée dès 1969, conjointement avec les laboratoires et avait fait l'objet d'un transfert gratuit aux pharmacies, ce qui en faisait le *standard du marché* (Sardain [2004]).

²⁵ Dans le cadre de l'arrêt Microsoft, une ambiguïté demeure également quant à l'utilisation par le TPICE de la théorie des facilités essentielles ou du test des circonstances exceptionnelles issu des jurisprudences *Magill* et *IMS* pour caractériser l'abus de position dominante (Montet, [2008]).

fur et à mesure que Windows NT gagnait des parts de marché. Cette pratique est assimilable à une stratégie de prédation puisque Microsoft a renoncé, à court terme, à des revenus liés aux royalties afin d'encourager les développeurs tiers à concevoir des applications pour son propre SE – augmentant la qualité de celui-ci du point de vue de l'utilisateur, et donc la part de marché de MS – sachant qu'à terme, les pertes consenties pourront être récupérées via le pouvoir de monopole acquis sur les SE serveurs. Il s'agit donc d'un investissement en pouvoir de marché dans l'espace et dans le temps (sur ce point voir F. Lévêque [2007]). En effet, refuser l'accès à un actif donné à l'occasion d'une première demande ou mettre un terme à une fourniture n'est pas neutre du point de vue économique, dans la mesure où le second cas peut s'apparenter à une stratégie de hold-up qui va venir altérer la dynamique innovatrice en dissuadant les agents à réaliser des investissements productifs.

Les barrières à l'entrée propres à ce type d'industrie et, plus particulièrement, la stratégie de levier depuis le marché des SE pour PC – sur lequel MS détient une position quasi-monopolistique – exposée *supra* ont été invoquées par la Commission pour retenir la position dominante de Microsoft, alors même que la firme de Redmond ne contrôlait que 60% du marché des SE pour serveurs de travail. Dans la mesure où Windows était appelé à également devenir le standard de ce marché, la Commission a donc considéré les protocoles d'interface comme nécessaires à la viabilité de toute offre alternative. Autrement dit, la stratégie de Microsoft induisait un risque d'élimination de la concurrence assez significatif pour justifier un partage des protocoles d'interface entre les acteurs de ce marché. La Commission a donc considéré que les pratiques de Microsoft avaient lésé le consommateur tant au niveau des prix que de la liberté de choix ou encore du ralentissement du rythme de développement des nouvelles fonctionnalités. Pour celle-ci, le refus de Microsoft était donc bien de nature à empêcher ses concurrents de "développer des versions plus avancées de leurs propres produits". Une telle approche, qui tend à s'éloigner du test du nouveau produit suggéré par l'arrêt Magill, rappelle que le progrès technique ne se traduit pas forcément par l'apparition d'un bien ou service inédit mais peut également relever d'une évolution continue des produits. En effet, dans le cas de Microsoft, la condition de nouveauté semble devenir hypothétique. Il s'agirait de ne pas priver les concurrents d'une chance d'innover. Même si après une licence obligatoire les produits devenaient identiques, ils seraient appelés à terme à diverger du fait des trajectoires technologiques propres à chaque firme.

Nous avons vu que le TPICE, dans son arrêt du 17 septembre 2007, a, en grande partie, confirmé la décision de la Commission. Celui-ci a considéré que, tout comme l'absence de justification objective au refus de licence, les trois critères, issus des jurisprudences Magill et IMS, qui permettent de conclure à une attitude constitutive d'un abus de position dominante étaient réunis dans le cas d'espèce. Selon le Tribunal, les pratiques de Microsoft ont renforcé sa position au détriment de ses concurrents. L'interopérabilité devient, dans ce cadre, une condition nécessaire à la préservation d'un processus concurrentiel sur le marché en question. En d'autres termes, la pérennité d'une structure de concurrence effective était remise en cause par les agissements de Microsoft. La firme de Redmond n'étant pas parvenue à convaincre le TPICE de l'impact négatif qu'une divulgation des informations relatives aux interfaces pourrait avoir sur ses incitations à innover, le juge a donc considéré que le refus de fourniture était constitutif d'une exploitation abusive de position dominante dans la mesure où il limite le développement technique au

détriment des consommateurs (article 82 – 2b du Traité), quand bien même aucun nouveau produit n’était en cause.

Pour l’économiste, la politique de protection de la propriété intellectuelle a incontestablement une double nature. Il s’agit, en premier lieu, d’inciter les investisseurs à encourir les coûts et les risques liés à l’innovation en leur offrant une perspective de rémunération. Il s’agit, en second lieu, d’encourager dans le même temps la diffusion des connaissances dans l’économie pour favoriser les innovations de suite et de prévenir la duplication inutile des investissements de recherche-développement. Il convient donc de ne pas accorder une protection excessive par l’intermédiaire des droits de propriété intellectuelle. En effet, une firme excessivement protégée par ses DPI peut entraver les innovations de ses concurrents et imposer des restrictions déraisonnables à la concurrence. À ce titre, un premier filtre efficace contre les abus liés aux droits de propriété intellectuelle peut résider dans les contrôles opérés lors du dépôt, afin de prévenir des droits sur des éléments triviaux ou des protections excessives. Pour le juriste, le caractère incitatif de la propriété intellectuelle peut apparaître comme second par rapport à la diffusion des connaissances permise par celle-ci. Le droit exclusif n’est dans ce cadre qu’une contrepartie. Cette vision peut expliquer le principe des licences obligatoires imposées dès lors que la fonction première des DPI n’est pas réalisée (diffusion de la connaissance). Par exemple, un détenteur d’un droit de propriété intellectuelle qui n’exploite pas ou pas suffisamment son innovation peut se voir obligé d’accorder des licences. Il s’agit donc de ne pas entraver les innovations de suite.

B. Une notion des plus controversées dans son pays d’origine : Les États-Unis

La position américaine en matière de politiques de concurrence appliquées aux droits de propriété intellectuelle, déjà exposée dans des *guidelines* communes à la FTC et à l’Antitrust Division du DoJ en 1995, a fait l’objet d’une nouvelle publication commune aux deux agences en charge de l’application du droit de la concurrence en avril 2007. Elle constitue également l’un des domaines de discussion de l’Antitrust Modernization Commission. L’ensemble de ces travaux traduit non une inflexion de la position américaine mais bien au contraire un renforcement des options déjà adoptées. La principale question demeure cependant liée à l’impact sur la concurrence de droits de propriété légitimes. La protection assurée par les DPI, qui repose sur une exclusivité, donc un certain pouvoir de monopole, crée-t-elle une entrave au processus de concurrence ? Pour l’antitrust américain, les débats des décennies passées, caractéristiques d’une “antitrust period in wilderness” (H. Hovenkamp [2008]) sont clos ; un ensemble de principes clairs guide dorénavant l’action des deux agences en matière de politiques de concurrence appliquées aux DPI.

Le premier principe tient au fait que la détention d’un droit de propriété intellectuelle ne signifie pas en elle-même que la firme dispose d’un pouvoir de marché²⁶. Cette position est en fait conforme aux *guidelines* de 1995²⁷ (FTC & DOJ [1995]) et à la position européenne. Des biens et services concurrents sur le marché

²⁶ Pour la Cour Suprême “a patent does not necessarily confer market power”. *Illinois Tool Works Inc v Independent Ink*, US Supreme Court, 547 US 28, 2006.

²⁷ “The agencies will not presume that a patent, copyright or trade secret necessarily confers market power upon its owner” (§ 2.2).

peuvent en effet reposer sur d'autres technologies que ceux de la firme détentrice de DPI. Il n'en demeure pas moins que la situation peut s'avérer bien plus complexe lorsque la technologie protégée par un DPI devient un standard du marché, comme l'a illustré en Europe le cas IMS. Dès lors, le pouvoir de marché de la firme ne peut plus être considéré comme transitoire et contestable par de nouveaux entrants.

Le deuxième principe réside dans le fait que même si le produit (ou la technologie) couvert par un droit de propriété intellectuelle occupe une place dominante sur le marché, la détention de ce dernier ne crée pas en elle-même une présomption de violation des règles de concurrence. Cette position est en fait conforme à la jurisprudence concurrentielle américaine au-delà de la seule propriété intellectuelle. Dans le cadre de la synthèse post-Chicago, la position dominante ne pose pas problème en elle-même à partir du moment où le marché est contestable. Dans sa décision *Trinko* (2004), la Cour Suprême a précisé à nouveau que non seulement une situation de monopole ne contrevenait pas en elle-même au Sherman Act mais que, de plus, le fait de pratiquer des prix de monopole n'avait pas à être sanctionné par l'antitrust, "unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct". En d'autres termes, il faut apporter la preuve d'une stratégie d'éviction de la concurrence. Or, plus les politiques de concurrence ambitionnent de devenir *fact-intensive*, plus la question des intentions devient difficile à prendre en considération, comme en témoignent par exemple les difficultés rencontrées pour caractériser des politiques de prédation.

Le troisième principe est directement lié aux différents transatlantiques sur les licences obligatoires. Il stipule que les poursuites antitrust pour refus de contracter avec des concurrents ne constituent que de rares exceptions. En effet, aux États-Unis comme en Europe, une firme est libre de contracter ou non avec un concurrent et de déterminer librement les termes d'un éventuel contrat. Dans sa décision *Colgate* (1919), la Cour Suprême écrivait déjà que le Sherman Act "does not restrict the long recognised right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise [its] own independent discretion as to parties whom [it] will deal"²⁸. Cette position a été confirmée dans la décision *Trinko* (2004) dans le cadre de laquelle la Cour dénonce l'"uncertain virtue of forced sharing" et considère qu'obliger une firme à partager la source de son avantage compétitif avec ses concurrents s'avère être "in some tension with the underlying purpose of antitrust law". Ce dernier principe revêt un sens encore plus marqué en matière de propriété intellectuelle que le droit d'exclusion apparaît comme l'un des fondements de celle-ci.

En fait, le débat américain autour de l'activation de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle s'est structuré autour de la décision de la Cour d'Appel du 9^{ème} circuit dans l'affaire *Kodak* en 1997²⁹. Dans le cadre de cette affaire, qui n'a pas fait jurisprudence, un refus de licence a été sanctionné sur la base du Sherman Act dans la mesure où le juge a considéré que celle-ci s'inscrivait dans une stratégie d'éviction de la concurrence. La controverse théorique américaine porte notamment dans le cas d'espèce sur la notion d'intention d'éviction de la concurrence, laquelle crée une certaine insécurité juridique pour les firmes du fait de sa subjectivité. Pour la FTC et le DoJ [2007], "Kodak presents a standard that is out of the step with the modern focus of antitrust, which is on objective economic

²⁸ *United States v Colgate and Co*, US Supreme Court, 250 US 300, 1919.

²⁹ *Image Technical Services Inc v Eastman Kodak Co*, 125F 3d 1195 (9th cir., 1997).

evidence”. En effet, l’antitrust américain revendique une démarche fondée sur un raisonnement économique mené à partir des effets observés et non sur des déductions quant aux motivations sous jacentes des firmes³⁰.

Les réticences états-uniennes quant aux licences obligatoires sont d’autant plus fortes que le droit d’exclure les tiers du bénéfice d’une innovation protégée constitue l’une des caractéristiques essentielles des DPI³¹. Il apparaît donc que tant la décision Trinko de 2004 que les travaux communs de la FTC et du DOJ sur l’application de la théorie des facilités essentielles aux DPI de 2007 traduisent la volonté de laisser la décision de la Cour d’appel du 9^{ème} circuit de 1997 dans l’affaire Kodak faire figure de seul et unique cas de licence obligatoire en faveur d’un rival³². Si certains contributeurs aux travaux de la FTC et de l’Antitrust Division du DOJ admettent qu’un refus de licence peut faire l’objet de sanctions au titre de la section 2 du Sherman Act, la position des autorités de la concurrence s’inscrit dans la continuité de la jurisprudence pour considérer que l’application de la théorie des facilités essentielles en faveur de firmes rivales, en particulier en matière de DPI ne constituent qu’une très rare exception dans la pratique américaine : “The agencies also conclude that antitrust liability for mere unilateral, unconditional refusals to license patents will not play a meaningful part in the interface between patent rights and antitrust protection” (FTC & DOJ [2007]). En d’autres termes, les autorités de la concurrence réitèrent leurs vives réticences à sanctionner des refus de contacter quand bien même l’entreprise en cause est en situation de monopole sur le marché pertinent. Ces réticences sont encore plus fortes en matière de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où pour ces dernières, l’exclusivité est au cœur de la protection de la propriété intellectuelle. Selon un angle d’analyse purement économique, la protection des incitations pour le premier innovateur prime sur l’encouragement des innovations de suite ou sur la diffusion de l’information dans la Société.

Il convient en outre de souligner que dans le cadre des décisions européennes IMS et Microsoft, l’obligation de donner accès à une facilité essentielle a concerné des firmes agissant sur le même marché que l’entreprise dominante. Ceci constitue un indéniable glissement dans la jurisprudence européenne par rapport à l’affaire Magill. En effet, la théorie des facilités essentielles appliquée aux droits de propriété intellectuelle semble reprendre dans ces deux cas la logique qui est la sienne en matière de régulation des industries de réseaux. Dans ce cas, la firme détenant un actif essentiel à la compétition par le seul fait qu’elle est l’héritière d’un monopole légal se voit obligée de permettre l’accès au marché à des concurrents directs³³.

³⁰ The agencies “focus is upon the effect of [the] conduct, not upon the intent behind it” (United States v Microsoft Corp, 253 F 3d 34, 59, DC Circ. 2001).

³¹ “The essence of a patent grant is the right to exclude other from profiting by the patented innovation”.

Dawson Chem. Co v Rohm & Haas Co, 448US176, 215, 1980.

³² Une affaire impliquant en 1999 Intel avait initialement pour fondement la théorie des facilités essentielles. La Cour d’Appel a annulé une première décision, défavorable à Intel en considérant qu’Intel et Intergraph (le plaignant) n’étaient pas concurrents sur quelque marché pertinent que ce soit...

3 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Ala. 1998), vacated, 195 F.3d 1346, 1367 (Fed. Cir. 1999).

³³ Notons que dans le cadre d’IMS, la CJCE a considéré qu’il appartenait à la juridiction nationale d’apprécier la nouveauté et d’établir la possibilité d’une concurrence sur un marché dérivé. Le critère de la nouveauté, non utilisé par la Commission dans sa décision du 3 juillet 2001, est conçu par la CJCE sous l’angle de la nouveauté potentielle : un produit même basé sur la même structure modulaire peut potentiellement rendre un service différent.

Comme sa position dominante n'est pas liée à ses mérites passés l'obligation faite en faveur des concurrents peut ne pas apparaître comme totalement illégitime. Cependant, si la position est liée aux investissements passés, l'obligation faite à l'entreprise en faveur de concurrents directs peut s'analyser en termes de "régulation asymétrique". Dans la logique européenne, attendu les responsabilités particulières qui incombent à l'entreprise dominante dans le cadre communautaire, une obligation d'accès à une facilité essentielle contrôlée par cette dernière peut apparaître comme légitime. Même si une licence obligatoire met en cause tant les droits de propriété et la liberté de contracter de l'entreprise, il apparaît aux yeux des juges communautaires que celle-ci est indispensable au maintien d'une concurrence effective sur le marché. Une telle obligation va bien évidemment jouer sur les incitations à innover tant de la firme concernée que des entreprises candidates à l'accès, comme l'ont relevé les autorités de la concurrence américaines (DoJ & FTC [2007]). L'équilibre entre ces différents effets économiques va alors être étroitement relié au niveau de la redevance déterminé par le juge. Ainsi, dans l'affaire Microsoft, nous pouvons résolument penser qu'un niveau de redevance fixé à hauteur de 0,4% des produits licenciés plutôt qu'à hauteur des 5,95% initialement réclamés par la défenderesse n'a pas eu les mêmes effets sur les incitations à innover de toutes les parties concernées. Il appartient dès lors au juge de trouver une tarification qui soit raisonnable, *i.e.* qui soit fixé à un niveau pour lequel l'éventuelle diminution des incitations à innover du licencié soit plus que compensée par l'augmentation des incitations à innover des licenciés. Or, tant le montant de cette dernière que la légitimité de l'obligation de licence doivent être radicalement différents selon que la facilité essentielle a été acquise suite à des investissements significatifs et risqués réalisés par l'entreprise, comme c'est le cas pour Microsoft, ou qu'elle a été simplement le fruit d'un avantage de premier arrivant ayant pu s'approprier un "bien public", comme cela fut le cas pour IMS, avec une structure de base de données reposant sur les codes postaux. À ce titre, le juge ne peut, à notre sens, que rarement faire l'économie de l'examen de la validité des DPI ainsi que de l'effort nécessaire consenti par la firme pour innover puisqu'il convient de "constituer une sorte de contre-pouvoir aux offices des brevets" selon l'expression de J. Tirole [2005], dont les conditions d'acceptation peuvent parfois paraître "longitudinales" de part et d'autre de l'Atlantique.

Au-delà même de la question du niveau de la redevance, l'antitrust américain ne peut accepter, de par sa logique propre, de telles obligations. Comme le note P. Behrens [2006], "responsability for competition' in the context of essential facilities doctrine therefore does not imply that the firm who as won the race in its own market is punished by an obligation to help the losers". En effet, dans la décision Trinko (2004), la Cour Suprême soulignait que sanctionner certains refus allait bien au-delà de la répression de pratiques anticoncurrentielles et pouvait dans certains cas revenir à demander à une firme de porter assistance à ses rivaux. La critique de Th. Barnett [2007] illustre à notre sens l'opposition des démarches américaines et européennes en matière de traitement des firmes en position dominante. Autant les deux politiques de concurrence se caractérisent par de nombreux points de convergence de part et d'autre de l'Atlantique, notamment quant à leur utilisation de critères économiques, autant les choix "politiques" initiaux demeurent irréductibles dans le domaine de la dominance. Comme nous l'avons vu l'Antitrust américain ne vise pas (ou plus, serions nous tentés d'écrire en songeant aux précédents AT&T de 1982 et Standard Oil de 1911) à mettre en cause les monopoles. Il vise à prévenir les comportements contribuant à figer cette position par des moyens anticoncurrentiels ou à l'étendre via des stratégies de levier à des

marchés connexes. Cependant, comme le note E. Fox [2006], les politiques de concurrence européenne et américaine font face à deux risques symétriques, du fait même de leurs cadres théoriques sous-jacents, aussi dangereux l'un que l'autre pour la préservation à long terme du processus de concurrence. Les politiques européennes risquent de protéger de façon induue des concurrents inefficaces quand les politiques états-uniennes risquent de consolider un monopole et de garantir durablement ses rentes, avec les risques que ceci pourrait induire sur la dynamique d'innovation à long terme de l'économie et donc son potentiel de croissance, comme peut l'illustrer le débat entre historiens des faits économiques quant aux effets sur la croissance britannique du XIX^{ème} siècle de la protection accordée à J. Watt.

Cependant, le rythme même d'innovation dans la branche et les turbulences technologiques peuvent contribuer à réduire un tel risque, comme pourrait en attester la remise en cause des positions de Microsoft par Google. Du fait de l'évolution technologique, un secteur stratégique aujourd'hui peut effectivement être contesté le lendemain. Du fait du développement des firmes du secteur de l'Internetces dix dernières années, la question se pose désormais de savoir si le contrôle quasi-monopolistique des SE constitue toujours un enjeu majeur alors même que la maîtrise des voies de communication et des applications liées à Internet cristallise désormais toutes les attentions. Ainsi peut-on voir comment l'évolution des technologies peut venir contester des monopoles établis tout simplement en créant de nouvelles opportunités de marché venant supplanter les marchés traditionnels, au moins en réduisant la dimension stratégique liée à leur maîtrise (Montet, [2008]). Enfin, notons que la même logique prévaut sur le marché de la retransmission télévisée des matches de Ligue 1 en France puisque Canal +, le diffuseur historique, a vu son monopole contesté par Orange dès lors que le mode de retransmission satellitaire s'est vu concurrencé par l'amélioration de la technique ADSL et sa propagation sur le territoire français.

On constate donc au final que derrière l'apparence d'un droit unique, basé ici sur la théorie des infrastructures essentielles, se cache plutôt des éléments d'un droit commun³⁴ qui s'active et se limite de façon différente des deux côtés de l'Atlantique. Il apparaît, en effet, que quand bien même l'analyse économique est à même d'aider la décision du juge en matière concurrentielle, notamment en le dotant d'outils d'évaluation venant éventuellement conforter un faisceau d'indices, elle ne saurait s'imposer à celle-ci. La théorie économique n'est pas apte à fournir une règle de décision incontestable permettant au juge de prendre une décision "scientifiquement optimale". D'une part, la théorie économique de la concurrence dérivée de la "synthèse post-Chicago" [Fischer, 1989] ne constitue pas une théorie générale mais un ensemble d'évaluations réalisées au cas par cas et n'offrant de ce fait qu'une collection d'exemples voire de "fables" [Rubinstein, 2006]. D'autre part, l'ambition de fournir par la seule théorie économique une solution valable en toute situation, et pouvant faire abstraction des autres dimensions de la décision du juge ou du législateur, constitue une dérive de la science économique en général et de l'analyse économique du droit en particulier.

R. Coase [1978] remarquait que c'est la concurrence entre disciplines qui trace les frontières des différents domaines scientifiques et qu'en la matière les

³⁴ Voir dans ce même volume, notre article "L'analyse économique peut-elle et doit-elle fonder une théorie du droit ?".

économistes font de plus en plus d'incursions en dehors de leur domaine originel. En d'autres termes, l'analyse économique tend à élargir ses frontières pour éventuellement inclure à terme les "disciplines contiguës", c'est-à-dire les autres sciences sociales. L'économiste cependant n'aurait pas la capacité de traiter de tous les phénomènes sociaux, mais seulement de ceux ayant un rôle pertinent dans le fonctionnement du système économique. De plus, elle ne saurait être considérée comme une science naturelle qu'il est possible (et souhaitable) d'appliquer *urbi et orbi*. En effet, comme souligne J. Buchanan : "L'économie politique est artefactuelle ; elle a été construite par les choix humains, que ceux-ci aient ou pas eu un objectif au sens structurel [...] Par comparaison et par contraste, il serait erroné d'utiliser le mot "réformer" en référence au monde naturel en dépit de nos grandes avancées dans notre compréhension scientifique" [1991, p. 15]. Cette analyse le conduit alors à une critique sévère de l'AED puisque dans une recension d'un ouvrage de R. Posner il n'hésite pas à affirmer qu'il s'agit là, dans le meilleur des cas, de "bonne économie" (au sens de la théorie économique), mais également de "mauvais droit".

Ainsi, il nous semble que sa critique serait encore plus radicale concernant l'idée que l'analyse économique pourrait fournir une théorie scientifique du droit de la concurrence en ceci que le rôle spécifique de l'économiste n'est pas "de fournir des moyens pour faire de "meilleurs choix" [...]" [Buchanan, 1964, p.221]. L'exemple de la divergence de vue entre les autorités de la concurrence de part et d'autre de l'Atlantique quant à la question des licences obligatoires dans l'affaire Microsoft témoigne que les règles économiques ne peuvent à elles-seules déterminer la décision du juge. Cette dernière ne peut en aucun cas être pré-déterminée par un ensemble de règles que celles-ci soient de nature juridique (dans une optique formaliste) ou directement dérivées de la théorie économique³⁵.

En effet, la théorie économique ne permet pas de fournir une grille d'analyse efficace des décisions prises par les différentes instances. Même lorsqu'il semble y avoir un consensus sur l'outil théorique approprié pour traiter certaines situations, demeure à notre sens la question cruciale de son interprétation et de sa mise en œuvre politique. Nous retrouverons donc en ce sens l'analyse de Th. Kirat [1998] pour lequel le droit de la concurrence est "un processus de construction, toujours recommencé, de construction de règles notamment dans le déroulement même des processus juridictionnels, suivant des méthodes elles-mêmes évolutives". En effet, le droit de la concurrence ne saurait être réductible aux textes de lois eux-mêmes, fussent-ils déterminés par la théorie économique. En effet, ceux-ci sont interprétés ou retraduits avec une grande souplesse par la jurisprudence pour chaque cas d'espèce. Dans la mesure où la décision du juge ne saurait reposer sur la mise en œuvre d'un algorithme permettant de déterminer une solution optimale à partir d'une règle économique valable en tout lieu et en tout temps, des décisions divergentes peuvent s'expliquer non par des erreurs dans l'application de la dite règle mais, à notre sens, comme l'expression d'un choix de nature politique.

Alors que l'analyse économique du droit qui tire ses racines, via J. Commons voire R. Posner, du *Legal Realism* américain (et donc de la philosophie pragmatiste (Kirat, [2005])) qui se construit autour de la contestation de l'approche formaliste, elle tend par certains égards à se rapprocher progressivement de l'esprit de cette dernière. L'économiste "pragmatiste", suivant en

³⁵ Voir D. Danet [1993].

ceci le juge O. Holmes [1881], devrait se méfier d'une logique ramenant le droit à l'application de règles pré-déterminées. Par exemple, l'approche moderne de l'économie de la concurrence s'écarte des indicateurs de structures pour s'attacher dans le cadre d'analyses au cas par cas de la réalité des incitations qui s'exercent sur les acteurs du marché. La décision de justice ne saurait donc revenir à l'application d'une règle *algorithmique*. Elle n'est pas plus contenue dans les textes de lois. Elle dépend en grande partie des perceptions du juge quant à aux besoins et demandes de l'environnement social [Treviño, 2007] et donc de considérations de nature politique, notamment sur ce que doit être une concurrence "libre et non faussée". Pour les réalistes, la loi ne pourra jamais être réduite à un ensemble de règles mais doit être considérée comme un processus. Ce faisant elle se caractérisera toujours *ex ante* par l'indétermination des décisions [Erget, 2007]. Le dépassement par l'analyse économique du droit du positivisme posnérien initial pour s'engager dans des perspectives normatives, voire proposer de fonder une théorie du droit [Chérot, 2008] pourrait être expliqué de différentes façons. Celles-ci pourraient se distribuer selon un continuum allant d'une tentative de réponses aux critiques habituelles formulées à l'encontre des analyses positives (incapacité de fournir des résultats généraux ou des prescriptions), à l'instrumentalisation de la science économique par des juristes soucieux de conforter leurs préjugés en matière d'interprétation des textes par des arguments d'autorité [Jamin, 2005], en passant éventuellement par des tentations *scientistes* [Hayek, 1952].

BUCHANAN, James [1964], “What should economists do ?”, *The Southern Economic Journal*, Vol 30, n° 3, January, pp. 213-222.

_____ [1991], “Economics in the post-socialist century”, *The Economic Journal*, Vol 101, January, pp. 15-21.

CANIVET, Guy [2005], “La pertinence de l’analyse économique du droit : le point de vue du juge”, *Les Petites Affiches*, 19 mai, n° 99, pp. 23-28.

CHÉROT, Jean-Yves [2008], “Le concept de droit hartien et l’analyse économique du droit”, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 2008-5, pp. 2529-2539.

COASE, Ronald [1978], “Economics and contiguous disciplines”, *The Journal of Legal Studies*, vol 7, n° 2, pp. 201-211.

COASE, Ronald [1993], “Law and Economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, vol. 36, pp. 239-254.

COMBE, Emmanuel [2005], *Économie et politique de concurrence*, 1^{re} édition, Précis, Dalloz, Paris, 460 p.

_____ [2006], “Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique”, *Revue internationale de droit économique*, volume 1, pp. 9-44.

COMMISSION EUROPÉENNE, [2006] *Rapport sur la politique de concurrence 2005*, SEC(2006)761 Final, 226 p.

DANET, Didier [1993], “La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?”, *Revue internationale de droit économique*, 1-1993, pp.5-27.

DE CARA, Jean-Yves [2008], “L’affaire Microsoft : une mise à l’épreuve du droit antitrust ?”, *Revue Lamy Concurrence*, Octobre-Décembre, pp. 132-136.

DEFFAINS, Bruno et FERREY Samuel [2007], “Théorie du droit et analyse économique”, *Droits*, pp. 223-254.

DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE, Lorraine [2008], “Royaume-Uni : La Competition Commission propose le démantèlement du principal exploitant d’aéroports du pays”, *Revue Lamy Concurrence*, n° 17, Octobre-Décembre, pp. 120-125.

FEDERAL TRADE COMMISSION ET DEPARTMENT OF JUSTICE, [1995], *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual property*.

_____ [2007], *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights : Promoting Competition and Innovation*, April, 220 p.

FISHER, Franklin [1989], “Game economist play : a noncooperative view”, *The RAND Journal of Economics*, Vol 20, n° 1, Spring, pp. 113-124.

FITOUSSI, Jean-Paul [2002], *La règle et le choix : de la souveraineté économique en Europe*, La République des idées, Seuil, Paris, 95 p.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphanie [2006], *Droit de la concurrence*, Précis, Dalloz, Paris, 451 p.

GARCIA-VALDECASAS, Rafael [2008], “L’affaire Microsoft : le temps jugera...”, *Revue Lamy Concurrence*, Octobre-Décembre, n° 17, pp. 130-131.

HAYEK, Friedrich [1944], *The Road of Serfdom*, Chicago University Press.
 _____ [1952], *Scientism and the Study of Society*, The Free Press, Glencoe, Illinois.

HERGET, James [2007], “Realism (American Legal)”, in Clark David (dir.), *Encyclopedia of Law and Society - American and Global Perspectives*, Sage, Thousand Oaks, California, tome III, pp. 1270-1271.

HOLMES, Oliver [1881], *The Common Law*, Little Brown, Boston, réédition Dover Publications Inc., New York, 1991.

HOVENKAMP, H. [2008], “Innovation and the Domain of Competition Policy”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n° 08-07, February.

IDOT, Laurence [2005], “Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell. Réflexions de juriste...”, *Doctrine, Concurrences*, n° 2, pp. 31-40.

JAMIN, Christophe [2005], “Que répondre à Éric Brousseau ? (je n’ai presque rien à dire à un économiste)”, *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai, pp. 54-59.

JEAMMAUD, Antoine [1990], “La règle de droit comme modèle”, *Recueil Dalloz-Sirey*, chronique, pp. 199-210.

KIRAT, Thierry [1998], “Économie et droit. De l’analyse économique du droit à de nouvelles alliances ?”, *Revue Économique*, Vol 49, n° 4, Juillet, pp. 1057-1087.

_____ [2003], “L’ordre concurrentiel au sein de la science juridique : L’analyse économique du droit”, in : *L’ordre concurrentiel. Mélanges en l’honneur d’Antoine Pirovano*, éditions Frison-Roche, Paris, pp. 339-349.

_____ [2005], “Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique”, *Papier de Recherche IRISES - Université de Paris Dauphine*, 21 Mars, 15 p.

_____ **et MARTY, Frédéric** [2007], *Économie du droit et de la réglementation*, Gualino, Mémento LMD, Paris, 183 p.

KOVACIC, William et SHAPIRO, Carl [1999], “Antitrust Policy : A Century of Economic and Legal Thinking”, Competition Policy Center, University of California – Berkeley, paper CPC-99-009, 30 p.

LEVEQUE, François [2007], “La normalisation et le droit de la concurrence face au hold-up”, *Revue Lamy Concurrence*, Juillet-Septembre, n° 12, pp. 170-175.

MACKAAY, Ejan et Rousseau, Stéphane [2008], *Analyse économique du droit*, seconde édition, Dalloz et Les éditions thémis, Paris et Montréal, 728 p.

MARTY, Frédéric [2007a], “Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique”, *La Revue de l'OFCE*, Vol 100, janvier, pp. 85-120.

_____ [2007b], “Sécurité juridique et recours à l’analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations”, in Boy L., Racine J.-B. et Siiriainen F., (sd.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, décembre, pp. 233-264.

_____ **et DESCHAMPS Marc** [2008], “L’analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ?”, *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 2008-5, pp. 2541-2569.

_____ **et PILLOT, Julien** [2009a], “Divergences transatlantiques en matière d’application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels”, *Revue d'Economie Industrielle*, volume 1-2009, à paraître.

_____ **et PILLOT, Julien** [2009b], “L’application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?”, in *Les stratégies juridiques*, A. Masson, (dir.), Larcier, Bruxelles, à paraître.

MONTET, Christian [2008] “Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l’obligation à l’interopérabilité”, *Revue Lamy Concurrence*, Octobre-décembre, n° 17, pp. 152-157.

PRIETO, Catherine [2004], “Comparaisons outre-Atlantique dans les affaires Microsoft”, *Concurrences*, n°1, pp. 57-59.

RUBINSTEIN, Ariel [2006], “Dilemmas of an economic theorist”, *Econometrica*, vol 74, n° 4, July, pp. 865-883.

SARDAIN, Frédéric [2004], “L’arrêt IMS Health : une (r) évolution?”, *Recueil Dalloz*, p. 2366.

STOLYAROV, George [2007], “The antitrust cases against Microsoft (1990-2001) and arguments for the legitimacy of Microsoft’s conduct”, *Associated Content*, disponible sur http://www.associatedcontent.com/article/467487/the_antitrust_cases_against_microsoft.html?page=2&cat=37.

TIROLE, Jean [2005], “Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ?”, *Les Petites Affiches*, Mai, n° 99, pp. 67-73.

TREVIÑO, Javier [2007], “Holmes, Oliver Wendell Jr.”, *in* Clark David (dir.), *Encyclopedia of Law and Society - American and Global Perspectives*, Sage, Thousand Oaks, California, tome II, p.706.

WISE, Michael [2005], *Droit et Politique de la Concurrence dans l’Union Européenne*, OCDE, Paris, 98 p.

QU'ENTEND-ON EXACTEMENT PAR L'EXPRESSION "CONCURRENCE DES SYSTÈMES JURIDIQUES" ?

Par

Otto Pfersmann

Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne

Le discours aujourd'hui si répandu d'une "concurrence des systèmes juridiques" est probablement imputable à plusieurs raisons qu'il convient d'évoquer brièvement à titre d'hypothèse : les unes tiennent à l'évolution du droit globalement considéré, les autres au développement des théories et doctrines.

Les multiples processus d'intégration juridique et de libéralisation des échanges permettent dans un nombre grandissant de cas de choisir plus librement les règles applicables à certaines catégories d'actes et parfois même en matière de résolution des litiges relatifs à leur exécution. L'on peut sans doute aisément s'accorder pour dire que ce phénomène, s'il a toujours existé à divers degrés, a atteint de nos jours des proportions jusqu'ici inconnues. Il apparaît alors tout aussi facilement compréhensible que ceux qui procèdent à ces actes veulent en général le faire sous les moindres contraintes possibles et choisiront, au moins au regard de leurs propres intérêts, s'ils en ont la possibilité, les règles qui leur permettront de réaliser le plus rapidement et au moindre coût l'objectif recherché.

En deuxième lieu, on peut observer une opposition entre partisans d'un système dit "civiliste" – mais aussi entre les défenseurs de tel ou tel système dit "civiliste" ou "romano-germanique", notamment entre "allemands" et "français"¹ d'une part et protagonistes d'un système dit de "common law" d'autre part². Il ne s'agit pas simplement des multiples formes de malentendu et d'ignorance réciproque ou même d'incompréhension de son propre système auprès des juristes issus de l'une ou l'autre prétendue tradition. Elles sont aussi anciennes que la différenciation des systèmes eux-mêmes et font les délices des de maint cours, colloque et séminaire de droit comparé. Il s'agit plus spécifiquement d'un antagonisme politique au sens où les uns comme les autres désirent élargir la zone d'influence du système qui leur est cher et que les uns comme les autres craignent de voir se réduire l'attraction et l'influence de leur système préféré³. Par ailleurs, les uns et les autres collaborent souvent à des projets d'unification ou d'harmonisation de tel ou tel domaine de règles, en particulier en droit privé largement entendu et ils s'opposent naturellement tant en ce qui concerne les solutions concrètes que la conception d'ensemble qui les sous-tend. Les groupes antagonistes font par conséquent

¹ Cf. là-dessus par exemple, Claude Witz, "La longue gestation d'un code européen des contrats", in : *Revue trimestrielle de droit civil* 2003, pp. 447–454 ; *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit N°1* (introduction Guy Canivet), Société de législation comparée, 2003.

² Cf. récemment Duncan Fairgrieve, Horatia Muir-Watt, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Presses Universitaires de France, 2006.

³ Cf. par exemple Pierre Legrand, "Against a European Civil Code", in : *Modern Law Review* 1997, pp. 44 sqs., même auteur, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", in : *RIDC* 1996, pp. 779 sqs.

apparaître leur système préféré comme le meilleur et le système opposé comme truffé de défauts. Ils se comportent, sous cet angle, comme des acteurs économiques qui cherchent à vendre un produit. En vérité, aucun domaine du droit n'est épargné. Depuis la chute du Mur de Berlin notamment, les émissaires des différents systèmes de droit constitutionnel cherchent à convaincre les jeunes démocraties que seul certains dispositifs leur permettront de retrouver stabilité politique et prospérité économique. Là aussi, de tels phénomènes sont régulièrement apparus au cours des âges, mais l'intensité de ces débats semble incomparablement plus forte que pendant les vagues précédentes de rapprochement des économies et des systèmes juridiques qui les encadrent.

D'un point de vue théorique, l'on peut observer une influence grandissante de "l'Analyse économique du droit"⁴. Cette démarche encore relativement jeune en France et en Europe généralement, mais désormais bien implantée aux États-Unis où elle est d'abord apparue considère les normes juridiques comme des données économiques. Pour l'économiste, il s'agit de tenir compte de toutes les données pertinentes en vue de l'explication des phénomènes de production et d'échanges de produits et, de ce point de vue, l'intégration des règles juridiques n'était jamais entièrement absente. L'Analyse économique du droit l'a rendu systématique. Ainsi, si l'on admet que le droit fait partie des contraintes que rencontrent les acteurs, la recherche de la maximisation de leur utilité les conduira à vouloir réduire les coûts liés au respect des règles, autrement dit à ce que l'on appelle désormais les "coûts de transaction".

Si, dès lors, deux ou plusieurs systèmes de règles sont disponibles pour un même ensemble d'actes nécessaires à la réalisation de certaines opérations économiques, les acteurs choisiront, toutes choses égales par ailleurs, celui qui leur impose le moins de contraintes. Il y aurait alors *concurrence des systèmes* en ce que les ordres juridiques ne pourraient faire autrement (au moins d'un point de vue économique) que de rechercher une minimisation de ces coûts et ils chercheraient nécessairement à se surpasser dans cet exercice dès que le choix est effectivement offert aux acteurs. Une réflexion sur la concurrence ainsi entendue serait par conséquent une exigence scientifique dont le juriste ne pourrait pas ne pas tenir compte.

De cette évolution factuelle, il ressort que le choix des normes est aujourd'hui plus large, les conséquences plus complexes, mais aussi que se pose les questions de choix relatifs à des systèmes de règles au domaine spatial de validité de plus en plus étendu.

⁴ On considère comme fondatrice de cette démarche les articles de Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", in : *Journal of Law and Economics* 3 (1960), et de Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", in : *Yale Law Journal*, 70 (1961), puis les ouvrages de Guido Calabresi, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis* (1970) ainsi que Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston Little Brown, 1992 (première édition 1971). Cf. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004. Pour une très intéressante analyse de la distribution des recherches en analyse économique du droit parmi les juristes et par pays, cf. Ören Gazal-Ayal, "Economic Analysis Of Law And Economics", *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2006 : Article 21, accessible sous <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2006/iss1/art21>. Cf. en français surtout, Bruno Deffains (éd.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, avec une préface de Guy Canivet, Cujas, Paris, 2002 ; Thierry Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, 1999 ; Lewis A. Kornhauser, "L'Analyse Économique du Droit", in : *La Revue de Synthèse* 118-9 (1985). Concernant la concurrence économique entre droit civil et *common law*, cf. Bruno Deffains (sld), *Problèmes économiques* No 2.872 (dossier : Regards économiques sur le droit. Common Law ou "droit codifié" : quel système est le plus efficace ?), 30 mars 2005.

Il s'agit sans aucun doute de faits importants et dignes d'analyse. Et l'on admettra facilement que l'usage de règles peut faire l'objet de recherches en sciences économiques comme en sociologie ou en psychologie d'ailleurs.

L'expression "concurrence des systèmes juridiques" vise ainsi l'extension des possibilités des choix de règles et son développement, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique. Il s'agit de trois objets et de l'idée qu'il y aurait entre ces trois objets un rapport intrinsèque. La question qu'il conviendra de se poser ici est alors celle de savoir s'il s'agit d'objets juridiques, autrement dit si le terme en question se réfère à un concept de la science du droit. Cette question n'est pas entièrement indifférente, car s'il s'agit d'un concept économique, par exemple, cela voudra dire que la science du droit ne pourra pas en faire un objet d'étude selon les méthodes qui sont les siennes.

On peut évidemment définir les objets juridiques de telle façon qu'il s'agit de l'allocation de ressources rares dans la perspective de la maximisation de leur utilité, mais cela n'aurait pas grand intérêt ici, car cela voudrait simplement dire que le domaine disciplinaire du droit se confond avec celui de l'économie. La recherche de l'objet juridique "concurrence des systèmes" suppose au contraire que l'on parte d'une spécificité des objets juridiques en général et des objets juridiques économiquement intéressants en particulier. Je proposerai ici de ne retenir à ce titre que les structures valides dans des systèmes normatifs globalement efficaces et sanctionnés⁵. En d'autres termes, un objet juridique est un ensemble de normes valides dans un ordre ou système juridique⁶.

Il est évidemment parfaitement loisible de définir d'autres objets d'analyse tout aussi intéressants, mais ces autres objets devraient présenter au moins le même degré de spécificité et cela n'empêchera pas d'introduire justement cet objet qui répond à cet exigence de spécificité, puisqu'il n'est pas réductible au domaine d'investigation d'autres exercices disciplinaires : en tant que structures normatives, elles ne constituent pas des objets empiriquement observables, en tant qu'elles font partie de systèmes globalement efficaces et sanctionnés⁷, il ne s'agit pas de normes relevant d'autres classes de normativité comme notamment la morale ou des règles de jeu.

Sous ces prémisses, certes restrictives, il convient aussitôt d'écarter l'Analyse économique du droit pour deux très simples raisons :

a) Analyser économiquement le droit suppose que l'on connaisse d'abord les normes juridiques dont on étudiera ensuite l'impact économique. Une telle étude ne peut donc à son tour relever de l'Analyse économique du droit mais la précède.

⁵ Cf. sur cette définition et les difficultés qu'elle peut soulever, Otto Pfersmann, "Pour une typologie modale de classes de validité normative", in: Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, no. 27 (1995), p. 69-113.

⁶ Le problème de la "concurrence" se poserait justement parce que les systèmes ne seraient plus cloisonnés, comme les présenterait, au contraire, une conception traditionnelle. Cette objection repose sur un double malentendu. Premièrement, les systèmes ou ordres juridiques ne sont pas des données naturelles, mais des constructions intellectuelles par lesquelles des ensembles d'énoncés prescriptifs sont constitués comme objectivement normatifs pour les besoins de l'analyse. Peu importe la norme (ou l'ensemble de normes) qui nous intéresse, elle n'a d'existence à titre de norme que si nous pouvons en retracer la validité dans le cadre d'un système dont nous supposons l'existence. Si, dès lors nous supposons l'existence d'un système, il ne peut entretenir de rapport avec un autre système du même genre que s'il s'agit à nouveau d'une relation normative, en d'autres termes si l'un des systèmes est considéré comme un sous-système de l'autre.

⁷ Au sens spécifié dans le travail cité en note 2.

b) Concevoir le choix des règles en termes de marché est une métaphore circulaire, puisque l'existence d'un marché suppose celle de règles juridiques⁸. Or l'étude de ces règles ne peut faire, en tant que telle, l'objet d'une analyse économique puisque l'étude économique du marché, même si c'est, admettons-le, un marché de règles, suppose l'étude et la connaissance préalable des règles constitutives du marché des règles⁹.

Il reste alors le choix entre règles juridiques existantes et le choix de règles futures selon les règles en matière d'édiction de règles futures. La thèse que je chercherai à démontrer sera dès lors que les phénomènes mentionnés relèvent d'une analyse juridique en termes d'habilitation, de centralisation et de législation au sens large. Il s'ensuit que si le droit peut encadrer normativement les choix, l'analyse juridique ne permet pas en tant que telle de choisir. Si c'est là ce que recherche la science du droit, elle ne le trouvera pas et même si elle donne le titre de "juridique" à des réflexions portant sur le choix en tant que tel et non sur les normes juridiques relatives au choix, elle ne produira autre chose que de l'idéologie.

I. L'Habilitation simple de choisir entre normes de production de normes

Une habilitation est une permission qualifiée de produire des normes juridiques en suivant une certaine procédure^{10 11}. En droit privé, les règles relatives aux différents contrats comme aux actes unilatéraux constituent des normes d'habilitation. Dans l'hypothèse la plus simple, le destinataire ne pourrait suivre qu'une seule habilitation en vue d'un type spécifique d'acte juridique. Cette hypothèse n'est en vérité que très rarement vérifiée, bien souvent, il est possible de choisir entre plusieurs options, soient que plusieurs actes permettent d'arriver au même résultat normatif, soient que plusieurs habilitations différentes permettent d'arriver au même type d'acte.

⁸ Il se pourrait bien évidemment qu'un groupe d'individus s'engage spontanément dans une activité qui respecte exactement les données constitutives d'un marché, mais un tel scénario idéal paraît excessivement restrictif, car il devrait s'écrouler avec la moindre infraction à ces données. Si l'on veut assurer la moindre stabilité à la structure du marché, il faudra donner à ces données le caractère de règles dont la violation entraîne une sanction (plus exactement la violation constitue la condition de l'application d'une règle autorisant l'exécution d'une sanction).

⁹ Les origines de l'Analyse économique du droit le montre fort bien. Les travaux de Coase s'intéressent non seulement à l'impact des règles sur les comportements, mais aussi à l'impact du degré de détermination des règles juridiques sur les comportements. Dans son premier grand article, "The Nature of the Firm", in : *Economica* 4 (1937), pp. 386sq., il considère l'entreprise comme réseau de contrats, et dans "The Problem of Social Cost", *op. cit.*, il analyse les effets externes en l'absence de détermination claire des rapports de propriété.

¹⁰ "Norme" est utilisé au sens de *signification d'un énoncé rendant obligatoire, permis ou interdit un certain ensemble d'actions humaines*. Une norme peut avoir un seul ou plusieurs destinataires, elle peut concerner ou un ensemble d'actions ou une seule (un ensemble à un seul élément). On utilisera le terme "règle" lorsqu'il s'agit de normes dont les destinataires ainsi que les actions visées sont désignés en termes généraux. "Acte" est utilisé pour des normes individuelles liant une ou plusieurs personnes.

¹¹ L'insertion précise des normes d'habilitation dans une classification des normes juridiques n'est pas simple et la question fait toujours le sujet d'amples débats. L'habilitation est l'élément initial d'une structure normative dynamique ou hiérarchisée (cf. Otto Pfersmann, in : Stéphane Rials, Denis Alland (dir.) : *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 779-783). Cf. au sujet de la norme d'habilitation dans la littérature récente, Stanley Paulson, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory ? Reflections on a Periodization", in : *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), pp. 153-166 ; Stanley Paulson; Bert van Roermund, "Kelsen, Authority and Competence : An Introduction", in : *Law and Philosophy*, 19 (2000), pp. 125-130 ; Ulises Schmill, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", in : *Law and Philosophy*, Volume 19 (2000), pp. 283-310 ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation* (préface Michel Troper), Dalloz 2006.

Il n'en demeure que l'on considère traditionnellement le nombre des choix comme limité par un corpus donné de règles, alors qu'il ne serait pas possible de choisir entre plusieurs ensembles de règles. Cette vision est intuitivement correcte, mais excessivement simplificatrice. Elle suppose une théorie de la hiérarchie des normes.

Si l'on veut que d'autres habilitations soient offertes aux destinataires, il convient de changer les règles de choix, mais si on procède ainsi, on aura substitué un corpus de normes de choix à un autre et le premier ne sera par conséquent plus disponible. Une telle opération suppose toutefois qu'il existe non seulement un ensemble de règles en vue de la production de normes juridiques, mais aussi des règles permettant la modification de ces règles. La modification des habilitations exige en d'autres termes un système dynamique ou hiérarchisé. Toute habilitation suppose une nécessairement une hiérarchisation au sens où la norme plus concrète et plus individuelle (par exemple le contrat ou le testament) ne peut exister que s'il existe au préalable une autre norme plus abstraite et plus générale qui en autorise la production, mais ce fait peut échapper au regard si on ne s'intéresse qu'à la règle et au choix, elle devient évidente lorsqu'on voit que la norme d'habilitation est elle-même habilitée. C'est en ce sens que les habilitations sont hiérarchisées et que l'on peut parler de "législation au sens large" lorsqu'il est question de l'édiction des normes d'habilitation. Le cas de l'habilitation avec possibilité de changement des normes d'habilitation par des actes législatifs au sens large peut être qualifié d'"hypothèse traditionnelle".

L'hypothèse traditionnelle est celle où un changement d'habilitation, c'est à dire de possibilités de faire des choix suppose une intervention du législateur (une modification du code civil ou de la jurisprudence ou de la coutume ou d'autres mode de législation selon les systèmes étudiés). On peut y trouver des variantes de complexité croissante, car on peut aisément imaginer que le corpus s'enrichisse au fur et à mesure et il se pourrait qu'il offre de plus en plus de choix avec des ramifications toujours plus fines.

II. L'habilitation centralisée dans un système décentralisé

Le cas intéressant serait alors celui où, au lieu de pouvoir choisir à l'intérieur d'un corpus et quelle que soit la complexité et la quantité des ramifications, on pourrait choisir entre plusieurs corpus de règles en vue de produire des normes juridiques. Ce choix ne serait, comme dans l'hypothèse traditionnelle, le résultat d'une substitution alternative et exclusive, il serait offert simultanément.

En vérité, nous n'avons pas quitté l'hypothèse traditionnelle, nous avons simplement activé un élément que la structure hiérarchique contenait déjà. Que veut dire en effet l'expression "choix entre plusieurs corpus de règles"? Un corpus de règles de choix n'est autre chose qu'un ensemble d'habilitations. Avoir le choix entre deux ou plusieurs ensembles d'habilitations peut couvrir les hypothèses suivantes :

1) Admettons pour les besoins de la cause qu'il n'y ait aucun rapport entre les deux corpus. Cela veut dire qu'il n'existe aucune norme de degré supérieur qui établit une liaison entre les normes d'un système et celles de l'autre. Alors il n'y aura pas non plus de choix possible entre les deux ordres. La raison en est que s'il s'agit bien d'un ensemble d'habilitations inséré dans un système de juridique sans rapport avec l'autre, l'un et l'autre ne pourront, par hypothèse, pas intervenir dans le même domaine spatial de sanction. Admettons que X se soit marié sous l'ordre O1 et qu'il ait ensuite divorcé sous l'ordre O2. X se trouve sous la juridiction de l'ordre O2 et il n'existe entre les deux aucun rapport selon notre hypothèse.

Notre hypothèse ne peut pas avoir été entièrement exacte, car sinon X n'aurait pas même pu changer de système. Admettons alors qu'il ait changé irrégulièrement de système. L'ordre O1 ne peut rien lui réclamer. Mais X n'a pas vraiment choisi entre systèmes. Il n'est pas redevable à O1, même s'il voulait honorer ses obligations maritales, car s'il n'y a pas de rapports entre O1 et O2, et X est désormais externe au domaine spatial de sanction de O1. Et s'il rentrait irrégulièrement dans O1, il ne pourrait plus opter pour les commodités de O2 qui n'a pas de rapports avec O1. Si l'un des deux ordres introduit une règle selon laquelle les actes valides sous l'un des deux sont également considérés comme valides sous l'autre, ou bien il ne s'agit pas d'une norme d'habilitation parce que cela ne concerne que les obligations déjà en vigueur, ou bien il s'agit d'un élargissement des habilitations sous l'ordre qui décide unilatéralement cet élargissement. Il ne s'agit trivialement pas de choix entre deux corpus.

2) Dans tous les autres cas, un rapport entre corpus est introduit par une norme de degré supérieur aux corpus en question. Si c'est le cas, il s'agit simplement du même corpus avec des ramifications internes. Elles peuvent présenter les variantes suivantes :

a) Une telle règle peut prévoir que le choix de l'un des ensembles interdit de revenir aux choix offerts par l'autre. C'est une règle d'embranchement irréversible. Admettons que j'aie pu choisir entre deux systèmes de juridiction. Une fois mon choix fixé avec l'accord de mon partenaire, je pourrais en épuiser toutes les potentialités, mais il ne m'est plus possible (toutes choses égales par ailleurs) de revenir sur ma décision (au moins en ce qui concerne les actes pour lesquels j'ai opté pour une telle clause). Mais cela n'empêche nullement que pour d'autres actes, je choisisse à nouveau un système de juridiction différent. Il faudra alors distinguer selon que le choix d'une alternative entraîne des conséquences pour d'autres choix concernant d'autres éléments de l'acte ou que cela ne soit pas le cas. J'appellerai le premier cas "rigidité consécutive", le deuxième "rigidité conjonctive".

b) Il se pourrait aussi que les ramifications soient simultanément ouvertes. Ce serait certes pragmatiquement assez problématique, mais théoriquement, rien ne s'y oppose. Appelons ce cas celui de la "flexibilité".

Les variantes des constructions de choix peuvent être très larges, mais sont rarement intégrales, car un certain nombre d'acte se trouve souvent exclu du choix, par exemple les contrats réels.

Mais dans bien des domaines on peut aisément imaginer un accroissement presque illimité d'alternatives dans le corpus. Cela n'ira pas sans problèmes pragmatiques parfois redoutables, surtout dans le mode de l'enchevêtrement des alternatives. En effet, dans le mode de la substitution législative traditionnelle comme dans l'élargissement interne, le changement résulte d'un acte centralisé, en d'autres termes un législateur est compétent pour toutes les modifications des habilitations.

L'élargissement non exclusif est en revanche lié à la combinaison de plusieurs habilitations de degré supérieur : un traité international ou un acte édicté en application d'un tel traité peut avoir pour résultat une décentralisation du choix du corpus. Au lieu de choisir ce qu'offre un législateur au sens large, on pourra choisir entre les corpus de plusieurs législateurs (dans certaines limites, évidemment).

Ce qui s'est produit n'est pourtant rien d'autre qu'une articulation entre trois niveaux d'habilitations : celui de l'institution d'une pluralité de producteurs de corpus de règles, la production d'un corpus respectif par un organe ayant une certaine assise territoriale (un certain domaine spatial de sanction), et une habilitation finale des personnes de choisir entre le corpus territorial originaire et d'autres corpus

produits par un législateur relevant d'une assise territoriale différente. Cela n'a strictement rien d'inédit ni d'extraordinaire, mais résulte de la combinaison d'une différenciation territoriale de la production normative avec l'extension des habilitations conférées aux personnes. L'Allemagne se trouvait dans cette situation avant l'attribution de la compétence législative à la Fédération c'est-à-dire au "Reich" en matière de droit civil, c'est-à-dire avant la révision de la Constitution de ce même Reich en 1873. Mutatis mutandis, il conviendra d'analyser pour chaque cas le degré de combinaison de centralisation et de décentralisation des compétences législatives avec les habilitations de choix transfrontaliers conférés aux personnes. Le cas européen est certes complexe et sans doute encore promi à de nombreuses évolutions. Cependant, la structure à trois degrés qui le caractérise est aussi peu inédite que le fait que les trois degrés qui constituent les Traités, les ordres des États-Membres et les destinataires immédiats de leur production normative ne sont que le point de départ de constructions plus complexes puisque les Traités habilite également le législateur communautaire, puis les États-Membres tant pour la concrétisation des directives que pour l'exécution des normes réglementaires et enfin leur liberté d'organisation et de différenciation territoriale interne. Par ailleurs, la Communauté est elle-même intégrée dans des organisations qui étendent encore les possibilités de choix.

Un tel phénomène induit évidemment une asymétrie partielle entre le processus démocratique, c'est à dire, juridiquement parlant, la production normative dans le cadre de l'État-Membre, à laquelle participe le citoyen par la désignation des titulaires de fonctions organiques législatives d'une part, et l'ensemble des règles applicables puisqu'on pourra ne pas appliquer les règles à la production desquelles on participe et appliquer celles à la production desquelles on ne peut contribuer à aucun titre. Mais là aussi, il ne s'agit nullement d'un phénomène inédit : il existe dans toutes les fédérations où certaines règles s'appliquent dans l'ensemble du territoire alors que certaines autres ont un domaine territorial limité à un sous-ensemble spatialement déterminé, mais où les citoyens bénéficient de la liberté de se déplacer et de contracter librement. Leurs possibilités de choix sont donc bien supérieures à celles qui résulteraient de la seule application des règles de l'un seulement des sous-ensembles territoriaux. Il s'agit par conséquent d'un phénomène induit par la décentralisation au sens large¹².

Si l'on tient à appeler cet ensemble de données par convention "concurrence des systèmes juridiques", cela ne rencontre naturellement pas de difficultés en soi, pour autant que l'on accepte toutes les conséquences d'un tel choix, c'est-à-dire si l'on exclut de l'usage du terme ainsi introduit toute connotation étrangère à la convention arrêtée.

Mais justement, c'est ce qui paraît difficile au regard du triple objet visé par l'expression. Car ce que l'on tient à dire en utilisant ce terme relève de considérations tout à fait différentes. Pour les uns, il s'agit de faire valoir que la combinaison d'une différenciation territoriale de production de règles en vue de la production de normes individuelles avec l'habilitation centralisée maximale conférée aux personnes de choisir sans contrainte entre ces corpus serait la seule solution souhaitable¹³, alors que pour d'autres il s'agit au contraire de centraliser la

¹² Cf. Otto Pfersmann, "Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité", in : *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 28 (1996), pp. 171- 185.

¹³ Cette position est par exemple soutenue par Pascal Salin, "L'Europe ou le libéralisme ambigu", in : *Les Échos* 10 mai 2006 ; du même auteur, "Il faut sauver le soldat Bolkestein!", *Le Figaro*, 9 février 2005. Pour une élaboration plus développée des conceptions de cet auteur, cf. son ouvrage *Libéralisme*, Odile Jacob 2000. M. Salin semble penser qu'un marché sans règles juridiques soit possible et surtout souhaitable, sans toutefois apporter des arguments très convaincants. Sa position est plus nuancée pour

compétence législative et de choisir un seul corpus suffisamment riche et flexible, mais exclusif, en vue de stabiliser un marché qui ne devrait pas supporter les coûts liés à la complexité des choix et les inégalités qu'elle induit¹⁴

La réponse à la question de savoir laquelle de ces alternatives il convient de choisir ou s'il faudrait choisir une solution tout à fait différente encore ne peut évidemment être déduite des données juridiques actuellement en vigueur. Le droit donne juste les moyens de faire de nouveaux choix ou de ne pas les faire, il ne dit pas lesquels il conviendrait de faire — car lorsqu'il dit ce qu'il faut faire, c'est qu'il ne nous laisse pas de choix mais nous impose simplement des obligations. "Concurrence des systèmes juridiques" conçu au triple sens où l'entendent en général les promoteurs de cette expression n'est donc pas un concept juridique. Et le reste relève de la politique.

l'état présent des choses, où il plaide très clairement pour une certaine évolution juridique future (celle du choix maximal entre systèmes pour les personnes) et contre une autre (celle de l'harmonisation et, *a fortiori*, de l'unification). Ses considérations s'appuient à l'évidence sur une centralisation juridique de l'habilitation conférée à l'individu dont l'OMC serait l'esquisse embryonnaire.

¹⁴ C'est une telle position que semble par exemple exprimer sur le mode du regret de l'impossibilité d'un tel projet à l'heure actuelle l'un des grands privatistes allemands particulièrement engagés dans le comparatisme civiliste politique, Peter Schlechtriem, "Europäisierung des Privatrechts – vom Beruf unserer Zeit für ein Europäisches Privatrecht", in: *Juridica International* I 2004, pp. 24-31.

**TABLES GÉNÉRALES
DE L'ANNÉE 2008**

TABLES GÉNÉRALES DE L'ANNÉE 2008

R.R.J. 2008-1

- Alain DESRAYAUD, Depuis quand les lois ne tombent-elles plus en désuétude en France ?	41
- Emmanuel PUTMAN, La cohérence du référé dans la jurisprudence récente	75
- David MARTEL, Une lecture de Bossuet : Le testament dans <i>Le sermon sur la Passion de Notre-Seigneur</i>	95
- Frédéric BÉRENGER, La traçabilité des créances et des dettes	105
- Karine DE LA ASUNCION-PLANES, Les enjeux contemporains de l'adoption simple à travers le contentieux judiciaire	159
- Camino SANCINENA ASURMENDI, La vérité biologique et la filiation paternelle	191
- Frédéric COLIN, Intelligence administrative	215
- Frédérique MICHÉA, L'arrêt Arcelor du 8 février 2007 ou le Conseil d'État aux prises avec le contrôle de constitutionnalité des traités et des lois	255
- Benjamin LAVERGNE, La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public	283
- Laurent DERBOULLES, C'est pourtant dans la commune que réside la force... Réflexions sur l'évolution contemporaine de l'implication communale en matière de sécurité civile	313
- Aline HUMBERT, La police administrative des casinos entre une immunité passée et un avenir juridictionnel : Le renforcement justifié du contrôle juridictionnel de l'autorisation de jeux	339
- Doreid BECHERAOUI, L'incidence de la règle du non-cumul des peines sur les peines complémentaires	353
- Hervé HENRION, La victime dans le procès pénal Allemand	377
- Marie-Thérèse PAIN-MASBRENIER, La pertinence du référé-liberté et du référé-détention dans la procédure pénale française	417
- Mamoud ZANI, Quelques remarques pour stimuler la réflexion sur l'avenir du système normatif du Bureau International du Travail (B.I.T.)	431
- Antoine MASSON, Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques Essai de théorie des stratégies juridiques	443
- Bernard-Raymond GUIMDO DONGMO, Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun. Contribution à l'étude d'un droit fondamental	453
- Marcelin NGUÉLÉ ABADA, Du constitutionnalisme de transition en Afrique : Réflexion sur l'évolution constitutionnelle en République Démocratique du Congo	499
- Faratiana ESOAVELOMANDROSO, Le divorce en Droit Malgache : réflexions pour d'éventuelles réformes	537
- Romain SIRI, L'appréciation de la validité du consentement : contribution à une « césure chronologique » entre la formation et l'exécution du contrat (Obs. sur cass. 1 ^{ère} civ., 12 juillet 2007)	549

- Christiane DEROBERT-RATEL, Louis Crémieu (1881-1979) : un Professeur légendaire de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence	561
---	-----

R.R.J. 2008-2

- Paul AMSELEK, La question de la vérité aujourd'hui : bref essai de mise en perspective	625
- Simone GOYARD-FABRE, Les questions <i>Quid facti ? et Quid juris ?</i> leur incidence sur la recherche de la vérité	637
- Vincent LAMANDA, Le droit, les lettres et la philosophie selon Portalis Réflexions autour de son éloge à l'Académie française d'Antoine-Louis Séguier, avocat général au Parlement de Paris, (2 janvier 1806). Conférence prononcée le 5 décembre 2007, à la séance solennelle de l'Institut Portalis de la Faculté de Droit d'Aix-Marseille, à l'occasion du bicentenaire de la mort du rédacteur du Code civil	681
- Virginie FRAISSINIER, Secret professionnel et secret des affaires : deux réalités difficiles à concilier avec les droits d'investigation des administrations	701
- Julia SCHMITZ, La pensée sociale de Maurice Hauriou et de Jean Jaurès	771
- Thierry TAURAN, Le droit et ses théories. Peut-on construire une théorie sur les théories juridiques ?	807
- Laurence HARANG, La reconnaissance de la dignité : paradoxe et interrogation	841
- Gwendoline LARDEUX, L'influence des droits fondamentaux sur le droit allemand des contrats	855
- Clémence MOULY, L'exécution forcée du pacte de préférence entre illusion et fiction	873
- Romain SIRI, Propos critiques sur les « vices du consentement » dans l'avant-projet de réforme du Droit des obligations	897
- Jean-Denis PELLIER, Les conflits de qualification entre le terme et la condition	913
- Stéphane PRIGENT, La responsabilité civile du fait d'autrui : essai d'une théorie	953
- Romain DUMAS, Les bornes de la célérité en droit processuel de la concurrence	979
- Mohamed OUDEBII, Traitement spécial et différencié et développement dans le contexte de l'Organisation mondiale du commerce	997
- Urbain NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, Le droit administratif est-il encore l'œuvre du juge administratif ? Brèves observations sur les évolutions du droit administratif	1011
- François BÉROUJON, L'analyse des effets des actes administratifs : une nouvelle source de flexibilité du droit	1023
- Miguel AYUSO, Gouvernance, gouvernement et État	1053
- Laurent ECK, Réflexions sur « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » à la lumière de la pensée de Ronald Dworkin	1061
- Jérôme GERMAIN, Les contradictions entre élection présidentielle et élections législatives	1079

- Laurent DEPUSSAY, Fondements et critiques théoriques de la grâce et de l'amnistie présidentielles	1087
- Ramu de BELLESCIZE, Le régime fiscal des dons manuels effectués au profit de groupements religieux (Association cultuelle, association diocésaine, association déclarée, organisme d'intérêt général)	1111
- Olivier AMIEL, La place actuelle du solidarisme de Léon Bourgeois	1143
- Stéphane LAW-HANG, La question du statut de l'engagé à l'île de la Réunion au XIX^e siècle	1153
- Franck LAFFAILLE, Venise, République polybienne ? Constitution mixte, République patricienne, République policière	1181
- La fonction politique de la justice, sous la direction de Jacques Commaille et Martine Kaluszynski, Paris, La Découverte/PACTE, 2007 (327 p.). Présentation par Catherine PUIGELIER	1198
- Appréciation critique du droit international privé conventionnel : Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales par Stanislas Lecuyer, Préface Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J.	1199

R.R.J. 2008-3

- Cédric RIBEYRE, La protection du joueur, fondement du nouveau droit des jeux	1239
- Wagdi SABÈTE, Maritain et Kelsen, deux théories politiques de la démocratie et de l'État pour l'Europe <i>Confrontation</i>	1265
- Nathalie DESCOT, Les règles de droit civil non sanctionnées	1299
- Frédérique JULIENNE, La gestion des biens pour autrui (contribution à l'élaboration d'une théorie générale)	1323
- Aurélien SIRI, L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente	1339
- Clara TOURNIER, Le rayonnement du principe de la liberté des preuves en droit pénal comparé	1403
- Mactar KAMARA, Supra-constitutionnalité et exercice du pouvoir constituant dérivé	1431
- Mamoud ZANI, Les Normes fondamentales du Bureau international du Travail (B.I.T.) : à propos de la particularité de ce bloc de constitutionnalité	1479
- Christel Cournil, La circulaire du 13 juin 2006, une régularisation sélective au service d'une politique À propos de la régularisation des parents d'enfants scolarisés	1495
- Hervé ARBOUSSET, L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation	1517
- Taha BANGUI, Spécificités du statut des biens départemento-domaniaux dans les DOM	1535
- Bénédicte MOULINIER, La simplification du contentieux de l'exécution des peines privatives de liberté	1541
- Bruno JOUFFROY, Un débat d'actualité : Les difficultés afférentes à l'encadrement juridique des concessions de plage	1561
- David ROCA, Essai d'ordonnement des droits de préemption	1573
- Audrey Alban MAPITHY-MA MAPITHY, Les effets juridiques de la succession d'États sur le domaine spatial	1605
- Renan LE MESTRE, Les constitutions écrites de l'Angleterre au cours	

de l'Interrègne : l'Instrument of Government et l'Humble Petition and Advice.....	1627
- Gérard MINAUD, Appréciations des risques économiques et traitements des faillites dans le monde romain.....	1651
- Julien BROCH, Une justice seigneuriale à la fin de l'Ancien Régime : le Narbonnais et son archevêque	1669
- Akrawati Shamsidine ADJITA, Mouvements transfrontaliers des déchets toxiques en Afrique et responsabilité civile des acteurs : À la recherche d'un fondement.....	1695
- Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique.....	1723
- Bryar BABAN, L'évolution récente du statut du Kurdistan irakien : La transition d'un État fédéré <i>de facto</i> à un État fédéré <i>de jure</i>	1747
- Urbain NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, Le contrôle du juge de cassation de la qualification juridique du recours abusif <i>À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 9 novembre 2007, Mme P., req. n° 293987</i>	1785
- David CHAMBE, M. Papon, criminel contre l'humanité : sens d'une condamnation, non-sens d'une libération.....	1799

R.R.J. 2008-4

- Catherine PUIGELIER, Hommage à Jean Foyer (1921 – 2008).....	1828
- Max Gallo, "Moi, j'écris pour agir". Vie de Voltaire, Paris, Fayard, 2008, 508 p. Compte-rendu par Catherine PUIGELIER	1829
- Charles Zorgbibe, <i>Mirabeau</i> , Paris, Éditions de Fallois, 2008, 524 p. Compte-rendu par Catherine PUIGELIER	1833
- Paul AMSELEK, Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques	1847
- Emmanuel PUTMAN, L'éthique de la lex mercatoria.....	1855
- Régis LANNEAU, Analyse économique et analyse juridique du droit.....	1865
- Abdelmagid ZARROUKI, L'erreur, mode d'emploi ou l'erreur sans peine	1885
- Frédérique JULIENNE, L'office du juge en droit des contrats (confrontation du droit positif aux projets de réformes internes et aux projets européens)	1925
- Guillaume CANSELIER, L'effet extinctif de la prescription libératoire à la lumière de la réforme de la prescription civile.....	1945
- Nicolas RIAS, Regard rétrospectif sur l'immunité du préposé agissant dans les limites de sa mission	1957
- Vincent ÉGÉA, L'immunité en droit privé	1977
- Catherine SÉVELY FOURNIÉ, L' "inquiétante étrangeté" de la rétention de sûreté.....	2019
- Didier GUIGNARD, La promulgation des lois : une prérogative du chef de l'État en quête d'identité juridique	2043
- Sylvie WALLAERT, L'encadrement juridique du chef de l'État : mythes et réalités.....	2063
- Laurence HENRY, La Nouvelle Calédonie est-elle encore une collectivité territoriale de la république ?	2135

- Ibrahim MBOUP, La rétention de sûreté et l'article 8 de la Déclaration de 1789	2151
- Allison FIORENTINO, La santé publique britannique et le tabagisme. L'interdiction de fumer dans les lieux publics britanniques	2165
- Karine HOYEZ, Que reste-t-il de l'exigence de bonne foi qui pèse sur le candidat lors de son recrutement ?	2185
- Raphaël MATTA-DUVIGNAU, Les "petites mains" des juridictions administratives : les assistants de justice	2199
- Joseph NGAMBI, L'OMC à la croisée des chemins ?	2231
- Pascale DUPARC PORTIER et Antoine MASSON, La traduction du latin à la Cour de justice des Communautés européennes	2249
- Anne TEISSIER-ENSMINGER, La juridicité au bonheur de l'emblématique	2275
- Renan LEMESTRE, La souveraineté du Parlement britannique : de l'omnipotence à la limitation des compétences	2297
- Philippe STURMEL, De quelques historiens du droit oubliés ou presque	2323
- Sara NANDJIP MONEYANG, Les concentrations d'entreprises en droit interne et en droit communautaire CEMAC	2343
- Karim DOSSO, Le Premier ministre dans la crise ivoirienne	2369
- François-Xavier MILLET, Les sociétés d'économie mixte : entre intérêt général, service public et concurrence	2397
- Philippe MOURON, Internet et identité virtuelle des personnes	2409

R.R.J. 2008-5

- Ejan MACKAAY, Remarques introductives	2461
- Christian ATIAS, Sur E. Mackaay et St. Rousseau, Analyse économique du droit , Paris, Dalloz, éditions Thémis, 2008.....	2469
- Emmanuel PUTMAN, L'introuvable contrat complet	2477
- Frédéric ROUVIÈRE, L'analyse économique des vices du consentement : une nouvelle vision d'une théorie classique	2485
- Jean-Louis BERGEL, Une "approche" économique de la propriété en droit privé	2501
- Arnaud RAYNOUARD, Faut-il avoir recours à l'analyse économique du droit (AED) pour assurer l'efficacité économique du droit ?	2509
- Éric MILLARD, L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique	2523
- Jean-Yves CHÉROT, Le "concept de droit" hartien et l'analyse économique du droit	2529
- Marc DESCHAMPS et Frédéric MARTY, L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ?	2541
- Marc DESCHAMPS et Frédéric MARTY, Les politiques de concurrence sont-elles réductibles à la théorie économique appliquée ?	2571
- Otto PFERSMANN, Qu'entend-on exactement par l'expression "concurrence des systèmes juridiques" ?	2595

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

- Actes administratifs (effet des), 1023
- Adoption, 159
- Afrique, 453, 499, 537, 1695, 1723, 2343, 2369
- Allemagne, 377, 855
- Analyse économique du droit, 1865, 2469, 2509, 2523, 2529, 2541
- Angleterre, 1627, 2165, 2297
- Arcelor (arrêt), 255
- Assistants de justice, 2199

- BOSSUET, 95
- BOURGEOIS Léon, 1143
- Bureau International du Travail, 431, 1479

- Cameroun, 453
- Collectivité territoriale, 2135
- Commentaires de décision de justice, 549, 1785, 2397
- Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale, 2343
- Commune (La), 313
- Comptes rendus, 1198, 1199, 1829, 1833
- Concentration d'entreprise, 2343
- Concessions de plage, 1561
- Concurrence, 979, 2397, 2571, 2595
- Conflits de qualification, 913
- Consentement, 549
- Constitution/-nalisme/-nalité/-nelle/, 499, 1431, 1627, 255, 1479
- Contrainte, 1847
- Contrat(s), 549, 855, 1339, 1925, 2477
- Côte d'Ivoire, 2369
- Cour de justice des communautés européennes, 2249
- Créances et dettes, 105
- CRÉMIEU Louis, 561

- Déchets toxiques, 1695
- Démocratie, 1265
- Départements d'Outre-Mer, 1535
- Dignité, 841
- Divorce, 537
- Dons manuels, 1111
- Droit (en général), 443, 701, 1239
- Droit administratif, 215, 255, 283, 313, 339, 1011, 1023, 1495, 1517, 1535, 1541, 1561, 2199
- Droit civil, 95, 105, 159, 191, 873, 897, 913, 953, 1299, 1323, 1339, 1925, 1945, 1957
 - Successions et Libéralités, 95
 - Obligations, 105, 897
 - Filiation, 159, 191
- Droit commercial, 979, 997

- Droit constitutionnel, 1053, 1061, 1079, 1087, 1431, 2063, 2135, 2151
- Droits étrangers, 453, 499, 537, 855, 1695, 1723, 1747, 2343, 2369
- Droit européen, 2249
- Droit fiscal, 1111
- Droit international, 997, 1605, 2231
- Droit des jeux, 339, 1239
- Droit pénal, 353, 1403, 1977, 2019
 - Procédure, 377, 417
- Droit privé, 75, 1977, 2501
- Droit social, 431, 1479, 2165, 2185
- Droit de l'urbanisme, 1573
- DWORKIN Ronald, 1061
- Élections (présidentielles et législatives), 1079
- Erreur, 1885
- État, 1053, 1265
 - Chef de l'État, 2043, 2063
 - Conseil d'État, 255
 - État de droit, 733
 - État fédéré, 1747
 - Gouvernement, 1053
- Éthique, 1855
- Europe, 1265, 1925, 2249
- Fonds d'indemnisation (financement des), 1517
- Force obligatoire (principe de la), 1339
- FOYER Jean, 1821
- Gestion des biens pour autrui, 1323
- Grâce et amnistie présidentielles, 1087
- Groupements religieux, 1111
- HART ("concept de droit" hartien), 2529
- Histoire du droit, des institutions et des idées politiques, 41, 1143, 1153, 1181, 1627, 1651, 1669, 2275, 2297, 2323
- HAURIOU Maurice, 771
- Identité
 - constitutionnelle, 1061
 - juridique, 2043
 - virtuelle, 2409
- Immunité, 1957, 1977
- Intelligence administrative, 215
- Intérêt général, 2397
- Internet, 2409
- Investigation des administrations (droits d'), 701
- JAURÈS Jean, 771
- Juge, 1011, 1785, 1925
- Juridicité, 2275
- Juridictions administratives, 2199
- Jurisprudence, 75, 283
- Justice administrative, 453

- Justice seigneuriale, 1669
- Kelsen, 1265
- Kurdistan, 1747
- Latin, 2249
- Lex mercatoria, 1855
- Liberté des preuves (principe de la), 1403
- Lois, 41, 2043
- Madagascar, 537
- MARITAIN, 1265
- Microsoft (affaire), 2571
- Narbonne (Ancien Régime), 1669
- Normes juridiques, 1847
- Nouvelle Calédonie, 2135
- Organisation Mondiale du Commerce, 997, 2231
- Pacte de préférence, 873
- Paix (accords de), 1723
- PAPON, 1799
- Peines, 353, 1541
- Pensée sociale, 771
- Police (des jeux), 339
- PORTALIS, 681
- Pouvoir, 1431
- Préemption (droit de), 1573
- Préposé, 1957
- Prescription libératoire, prescription civile, 1945
- Propriété, 2501
- Recours abusif, 1785
- Recrutement, 2185
- Référé, 75, 417
- Réforme, 1945
- Régularisation, 1495
- République Démocratique du Congo, 499
- Responsabilité civile, 953, 1695
- Rétention de sûreté, 2019, 2151
- Réunion (île de la), 1153
- Risques économiques, faillites, 1651
- Rome (Empire), 1651
- Santé publique, 2165
- Secret professionnel et secret des affaires, 701
- Sécurité civile, 313
- Service public, 2397
- Sociétés d'économie mixte, 2397
- Solidarisme, 1143
- Stratégies juridiques, 443

- Statut des biens, 1535
- Succession d'États, 1605
- Systèmes judiciaires, 2595

- Tabagisme, 2165
- Théorie générale et philosophie du droit, 733, 771, 807, 841, 1265, 1847, 1855, 1865, 1885
- Théorie économique appliquée, 2571
des stratégies juridiques, 443
scientifique du droit, 2541
- Théories juridiques, 807
politiques, 1265
- Traduction (latin), 2249

- Venise (République de), 1181
- Vérité, 625, 637
- Vices du consentement, 897, 2485
- Victime, 377

TABLE ANALYTIQUE DES AUTEURS

ADJITA Akrawati Shamsidine, 1695
AMIEL Olivier, 1153
AMSELEK Paul, 625, 1847
ARBOUSSET Hervé, 1517
ASUNCION-PLANES Karine de la, 159
ATANGANA AMOUGOU Jean-Louis, 1723
ATIAS Christian, 2469
AYUSO Miguel, 1053

BABAN Bryar, 1747
BANGUI Taha, 1535
BECHERAOUI Doreid, 353
BELLESCIZE Ramu de, 1111
BÉRENGER Frédéric, 105
BERGEL Jean-Louis, 2501
BÉROUJON François, 1023
BROCH Julien, 1669

CANSELIER Guillaume, 1945
CHAMBE David, 1799
CHÉROT Jean-Yves, 2529
COLIN Frédéric, 215
COURNIL Christel, 1495

DEPUSSAY Laurent, 1087
DERBOULLES Laurent, 313
DEROBERT-RATEL Christiane, 561
DESCHAMPS Marc, 2541, 2571
DESCOT Nathalie, 1299
DESRAYAUD Alain, 41
DOSSO Karim, 2369
DUMAS Romain, 979
DUPARC PORTIER Pascale, 2249

ECK Laurent, 1061
ÉGÉA Vincent, 1977
ESOAVELOMANDROSO Faratiana, 537

FIORENTINO Allison, 2165
FRAISSINIER Virginie, 701

GERMAIN Jérôme, 1079
GOYARD-FABRE Simone, 637
GUIGNARD Didier, 2043
GUIMDO DONGMO Bernard-Raymond, 453

HARANG Laurence, 841

HENRION Hervé, 377
HENRY Laurence, 2135
HOYEZ Karine, 2185
HUMBERT Aline, 339

JOUFFROY Bruno, 1561
JULIENNE Frédérique, 1323, 1925

KAMARA Mactar, 1431

LAFFAILLE Franck, 1181
LAMANDA Vincent, 681
LANNEAU Régis, 1865
LARDEUX Gwendoline, 855
LAVERGNE Benjamin, 283
LE MESTRE Renan, 1627, 2297

MACKAAY Ejan, 2461
MAPITHY-MA MAPITHY Audrey Alban, 1605
MARTEL David, 95
MARTY Frédéric, 2541, 2571
MASSON Antoine, 443, 2227
MATTA-DUVIGNAU Raphaël, 2199
MBOUP Ibrahim, 2151
MICHÉA Frédérique, 255
MILLARD Éric, 2523
MILLET François-Xavier, 2397
MINAUD Gérard, 1651
MOULINIER Bénédicte, 1541
MOULY Clémence, 873
MOURON Philippe, 2409

NANDJIP MONEYANG Sara, 2343
NGAMBI Joseph, 2231
NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ Urbain, 1011, 1785
NGUÉLÉ ABADA Marcelin, 499

OUDEBJI Mohamed, 997

PAIN-MASBRENIER Marie-Thérèse, 417
PELLIER Jean-Denis, 913
PFERSMANN Otto, 2595
PRIGENT Stéphane, 953
PUIGELIER Catherine, 1198, 1821, 1829, 1833
PUTMAN Emmanuel, 75, 1855, 2477

RAYNOUARD Arnaud, 2509
RIAS Nicolas, 1957
RIBEYRE Cédric, 1239
ROCA David, 1573
ROUVIÈRE Frédéric, 2485

SABETE Wagdi, 1265
SANCINENA ASURMENDI Camino, 191
SCHMITZ Julia, 771
SÉVELY FOURNIÉ Catherine, 2019
SIRI Aurélien, 1339
SIRI Romain, 549, 897
STURMEL Philippe, 2323

TAURAN Thierry, 807
TEISSIER-ENSMINGER Anne, 2275
TOURNIER Clara, 1403

WALLAERT Sylvie, 2063

ZANI Mamoud, 431, 1479
ZARROUKI Abdelmagid, 1885

Association Internationale de Méthodologie Juridique

International Association of Legal Methodology

3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cedex 1 (France)
Tél. 04.42.17.29.02 - Fax. 04.42.17.24.33
puam@univ-cezanne.fr

BULLETIN D'INSCRIPTION

Application form

NOM de famille (Family name - surname).....

Prénom usuel (First name).....

Profession (Occupation).....

Nationalité (Nationality).....

Adresse postale (Mailing adress).....

.....

.....

Code postal (Postal code).....Pays (Country).....

Numéro de téléphone (Telephone number).....

Règlement de la cotisation (Payment of the subscription)

Montant annuel personnes physiques 23€ (or the equivalent in local currency)
Yearly amount natural persons

personnes morales 77 € (or the equivalent in local currency)
artificial persons

Droit d'entrée pour les membres bienfaiteurs 153 € (or the equivalent in local currency)
First fees for the benefactor members

Paiement par chèque bancaire par chèque postal par virement bancaire
Payment by cheque by postal order by bank draft

A renvoyer au : Siège de l'Association ou au Vice-Président de l'Association dans votre pays.

Please send back the form with the payment to : The Vice-President of the Association in your own country or to the President of the Association, at the associations' adress.

BULLETIN D'ABONNEMENT
à la
REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE
DROIT PROSPECTIF
- 2009 -

ABONNEMENT : 5 NUMÉROS PAR AN

FRANCE : 165€

ÉTRANGER : 200€

Demande à adresser aux :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
3, avenue Robert Schuman
13628 AIX-EN-PROVENCE - Cedex 1 (France)
Tél. 04.42.17.29.02 - Fax. 04.42.17.24.33
puam@univ-cezanne.fr

Nom et Prénom

Adresse (complète)

.....

.....

Souscrit à un ABONNEMENT à la **Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif** pour l'année 2009 (du 01/01/2009 au 31/12/2009)
au tarif de..... €.

Signature

Règlement :

Chèque à l'ordre de M. le Régisseur des Presses Universitaires d'Aix-Marseille
- CB-0000100606779 TRESOR PUBLIC - IBAN-FR7610071130000000100606779
- BIC : BDFEFRPPXXX

IMPRESSION ET MISE EN PAGE :
PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
(Mélanie PARIS)

DÉPÔT LÉGAL – 1^{er} Trimestre 2009