

L'analyse économique du droit ou “ Law and economics ”

Veronique Thireau

► **To cite this version:**

Veronique Thireau. L'analyse économique du droit ou “ Law and economics ”. Revue Juridique Nîmoise, 2012, p. 207 à 214. hal-01221359

HAL Id: hal-01221359

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01221359>

Submitted on 17 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'analyse économique du droit ou « Law and economics »

Véronique THIREAU – MCF HDR Sciences Economiques

Université de Nîmes

Revue Juridique Nîmoise n° 6

L'école dite de Chicago apparue dans les années 60 et forte de plusieurs prix Nobel d'économie fait chaque année les délices des étudiants auxquels nous tentons, avec un succès somme toute relatif, de faire apprécier les subtilités portées par un courant monétariste fondé par Milton Friedman aujourd'hui disparu. En revanche, et sans doute à tort, nous sommes souvent plus discrets quant à une autre impulsion scientifique majeure donnée à la même période par cette même Université, impulsion qui s'est depuis lors structurée, enrichie, diversifiée, répandue, pour s'apparenter aujourd'hui à un pan important de la Science économique, pour ne pas dire à une nouvelle discipline : l'analyse économique du droit ou « Law and economics », dans sa version anglo-saxonne¹.

Certes les économistes ont toujours été attentifs à la matière juridique² mais le dialogue entre les deux disciplines est devenu plus étroit encore à la faveur de travaux désormais foisonnants. A ce titre l'ouvrage collectif, dirigé par Bruno Deffains et Eric Langlais paru fin 2009 aux éditions de Boeck et rédigé en langue française, offre une formidable opportunité de faire un point sur les avancées et les questionnements ouverts par ce champ en devenir.

D'abord marquée par ses racines ultralibérales, cette analyse s'est depuis émancipée de ce cadre qui envisage « la règle juridique comme une contrainte » pour investir d'autres référentiels théoriques. De même, elle a diversifié ses méthodes pour passer d'une analyse microéconomique intéressant plutôt le droit privé à une approche plus globale relevant de la macroéconomie et interrogeant les règles du droit public. Parallèlement, elle s'est étendue au plan géographique et contextuel (pays dotés d'un droit de Common Law vers pays pourvus d'un droit civil) Elle a également évolué d'une approche positive étudiant les effets du droit sur les comportements stratégiques des agents pour investir une ambition plus normative visant à définir ou à anticiper, comme dans le cadre européen ou à destination des démocraties naissantes, le meilleur système institutionnel possible en termes de croissance, d'emploi et de répartition des richesses, bref en matière de développement. Ce sont donc aujourd'hui plusieurs analyses du droit qui coexistent et se développent à la faveur de programmes de recherche pluridisciplinaires.

Il faut bien voir en effet que tant les juristes que les économistes ont intérêt à cet échange et à cette mutualisation : Les premiers car, ainsi que nous le précise Samuel Ferey³ « *il s'agit d'éclairer le raisonnement juridique par des considérations économiques. Cet éclairage peut prendre plusieurs formes : évaluation de l'efficacité des incitations fournies par les règles de droit sur le comportement des acteurs, conséquences des dispositifs juridiques sur le bien être collectif et plus généralement sur les performances des économies*

¹ Voir B. Auby, *Law and Economics*, Encyclopédia Universalis.

² Les célèbres *Leçons sur la jurisprudence* d'Adam Smith (Daloz 2009) ne constituent qu'un exemple d'une longue tradition.

³ In B. Deffains et E. Langlais, *Analyse économique du Droit*, De Boeck, 2009 p. 11 à 35.

ou encore mise en évidence des arbitrages qui travaillent de l'intérieur l'institution judiciaire »... Les seconds en vue de mettre à jour les liens entre environnement institutionnels et comportements des agents, d'une part, et performances des systèmes économiques d'autre part. Enfin, il serait naïf d'oublier que la valeur des biens et services échangés doit beaucoup aux droits qui sont ainsi transférés.

I – Du positif au normatif

Les réflexions relatives aux méthodes et techniques à employer pour résoudre des questions économiques ou juridiques en utilisant les acquis croisés des deux disciplines (la théorie des jeux pour les uns, le contrat ou le jugement pour les autres....) débutent dans un contexte intellectuel particulier :

Les années soixante voient les sciences économiques évoluer en profondeur tant dans leurs objets d'études que dans leurs méthodes d'analyse. En effet, alors qu'elles ne s'intéressaient qu'à l'expression des comportements traduite dans les choix effectués par les agents, elles choisissent dès lors de s'interroger sur les motivations initiant lesdits comportements et se sont donc ouvertes du coup à d'autres champs (droit, science politique, psychologie, biologie ...). L'apport d'outils mathématiques performants, à travers l'avènement de la théorie de jeux, ouvre également d'immenses perspectives.

Dans le même temps les philosophes, et à travers eux l'ensemble des sciences humaines, sont invités par Chaim Perelman⁴ à « délaïsser quelque peu le paradigme mathématique, privilégié depuis Platon, pour se tourner vers le droit et singulièrement la pratique judiciaire afin d'en apprendre quelque chose, notamment quant à la méthode de solution des questions pratiques »⁵.

Enfin le droit lui même est alors en proie à une vaste réflexion quant à l'interprétation des règles et quant au sens à donner aux solutions apportées, exprimées par la décision du juge. Certes ce débat n'est pas nouveau mais il est particulièrement aigu à ce moment là notamment aux Etats Unis où certains praticiens estiment que le droit mime tout simplement le marché⁶, faisant perdre à la discipline juridique son autonomie. Le rôle du juge en tant que « bouche de la loi »⁷ et donc simple courroie de transmission entre détenteurs de la souveraineté et justiciables est soumis à débat pour déboucher sur l'affirmation que le jugement, s'il est avant tout acte de connaissance, est aussi acte de volonté.

En cela, il devient possible de mettre en évidence une part discrétionnaire dans la décision individuelle du juge, au delà de l'interprétation déductive de la loi. Science des choix, la Science économique offre alors l'opportunité d'étudier le droit « tel qu'il se fait » et donc d'analyser les raisons de la stabilité ou, le cas échéant, de la variabilité des interprétations, eu égard à l'« intérêt » révélé du juge et à l'environnement dans lequel il

⁴ C. Perelman, « Ethique et droit », Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.

⁵ Cité par B. Frydman, « Pourquoi Dworkin intéresse t-il les philosophes ? », *Revue internationale de philosophie*, 2005/3 – n°223p. 291.

⁶ Le droit chercherait à imiter les contrats de marché en absence de couts de transaction. Voir S. Ferey op cit p. 26.

⁷ Le terme revient à Montesquieu.

évolue. Le débat quant à ce juge devenu homo-économicus, selon les termes même de R. A. Posner⁸ est encore vif à ce jour.

Les solutions pratiques proposées par l'analyse économique du droit se déploient désormais dans trois directions principales.

Soit on observe le dialogue rationalité individuelle/norme juridique en regardant comment l'individu intègre la loi tout en restant rationnel et comment il maximise son utilité (sa satisfaction) sous contrainte ou pas de la règle voire de la sanction.

Soit on regarde comment le droit coordonne les actions individuelles. Cette coordination prend diverses formes : soit contrat (coordination consentie) soit règles de responsabilité (coordination subie). L'agent a des infos d'où une stabilité de la relation mais les informations peuvent être interprétées diversement d'où des conflits. L'analyse porte alors sur la procédure.

Soit on s'intéresse aux processus qui conduisent à la formation du droit et à son évolution. Il s'agit de savoir comment analyser le travail jurisprudentiel et les mécanismes de création, d'application et de modification des lois. L'analyse est celle du système juridique.

II – De l'individu au système

On pourrait imaginer que les sciences économiques se suffisent à elles même pour envisager les règles qui président à une allocation des ressources satisfaisante. En effet les théories énoncent que le marché est le mode de coordination entre agents le plus efficace pour autant que ledit marché réponde aux hypothèses de la concurrence pure et parfaite, que les droits de propriété soient définis et les coûts de transaction⁹ nuls.

Or, force est de constater que les dispositifs institutionnels ont un impact marqué en la matière, ne serait-ce qu'au plan de la redistribution. Dès lors, et plus encore si les coûts de transaction deviennent positifs, il devient difficile de ne pas s'intéresser au rôle des juridictions qui viennent compléter le contrat et déterminer les obligations de chacun. C'est précisément à partir de cet écart entre coût social et coût privé que Ronald Coase va, en 1960, poser les bases de l'économie du droit dans une revue qui s'appelle, déjà, «*Journal of Law and Economics* »¹⁰

La question est alors de savoir comment un agent réagit face à des normes juridiques qui lui sont données et sur lesquelles il n'a pas de prise. Le raisonnement se déroule comme suit :

Notre agent est réputé rationnel et va maximiser son utilité, son intérêt en quelque sorte. Les hypothèses suivantes permettent de procéder à la maximisation énoncée. En effet, l'agent est réputé détenir toute l'information pertinente et il est, dans le même temps, doté de capacités de traitement de l'information illimitées¹¹. Ce qui signifie in fine qu'en fonction du

⁸ En 2008 in *How judges think ?*, Harvard University Press.

⁹ R. Coase a initié le concept de coûts de transaction, concept qui sera perfectionné ensuite par O. Williamson. Les couts de transaction liés à l'échange concernent les coûts liés au recours au marché c'est à dire : la « spécificité des investissements requis par cette transaction, le degré d'incertitude qui l'entoure, et la fréquence à laquelle elle intervient. Voir Claude Menard, « Oliver E. Williamson : Des organisations aux institutions », *Revue d'Economie Politique* 120 (3), mai-juin 2010.

¹⁰ N°3, pp. 1 à44.

¹¹ Ce qui renvoie aux hypothèses ad hoc de la concurrence pure et parfaite (homogénéité, transparence, fluidité, atomicité).

goût ou de l'aversion qu'il a pour le risque, il anticipe des gains issus de l'activité illégale et qu'il est capable non seulement d'envisager la sanction qu'il encourt mais également la probabilité qu'il a d'être effectivement puni.

Il s'agira alors de maximiser l'utilité espérée (UE) qui est égale à

$$(1-p)U(Y+g)+pU(Y+g-s)$$

où U est la fonction d'utilité de l'agent

Y est le revenu

p est la probabilité de sanction

s le montant de la sanction

g le gain de l'acte criminel ou son équivalent monétaire.

A partir de cette formalisation relativement simple, il devient possible d'anticiper les comportements des individus lorsque survient une modification des conditions d'application de la sanction. Au niveau global, ce raisonnement permet aussi de mettre en perspective les coûts liés à la mise en œuvre et à l'application des règles (police, justice, administrations pénitentiaires...) et les actions et réactions attendues des justiciables. Ainsi pourra-t-on par exemple choisir de ne pas chercher à châtier une action pourtant contraire à la loi dans la mesure où les coûts de l'intervention s'annoncent supérieurs aux gains attendus.

Naturellement ce raisonnement ne va pas manquer de soulever quantité de critiques portant notamment sur l'hypothèse de rationalité dont on voit bien intuitivement les limites pour autant que l'on observe ses concitoyens. Les auteurs portant l'économie du droit vont pourtant, dans la lignée de Milton Friedman¹², considérer alors que plus que la validité de l'hypothèse, ce sont des conclusions qu'il convient de débattre et surtout de veiller à leur validation empirique.

Cette posture positive perdure avec G. Becker, lui aussi prix Nobel, qui va appliquer ce type d'analyse à un domaine particulier : le crime. Puis, alors que méthodes et outils évoluent, l'économie du droit investit de nouveaux champs tels que la responsabilité civile, les droits de propriété¹³, les contrats, les relations industrielles, les relations de travail, la concurrence bref tout ce qui fait litige ou conflit...

Théorie des jeux oblige¹⁴, l'accent est alors mis sur les stratégies de joueurs, sur leur marge de manœuvre ainsi que sur l'ensemble de l'information dont ils disposent notamment lorsqu'ils anticipent le comportement des autres individus.

Dès lors cette analyse des conflits amène à rediscuter un certain nombre d'hypothèses fondamentales parmi lesquelles se trouve la transparence garantissant une information des intervenants qualifiée de parfaite car complète autant que symétrique. L'illusion de cette perfection informationnelle ne peut être davantage niée car elle a un impact évident sur les négociations et la qualité du jugement. En outre, il n'est pas interdit d'imaginer que l'information puisse être sciemment « cachée ». Envisagée comme une difficulté longtemps insurmontable, l'information incomplète et l'incertitude vont peu à peu être intégrées dans les

¹² Voir *Essai d'économie positive*, Litec, 1992.

¹³ Voir notamment les travaux de Guido Calabresi, Université de Yale.

¹⁴ Initiée par John Forbes Nash, mathématicien, prix nobel d'économie, immortalisé en 2002 par le film « un homme d'exception ».

modèles des économistes et ce, grâce notamment aux travaux pionniers de J. Harsanyi développés dès 1967¹⁵.

Cette avancée méthodologique ne suffit pas cependant à régler une autre limite portant cette fois sur l'hypothèse de rationalité tant du juge que des parties intéressées. En effet ces différents intervenants peuvent, dans la réalité, dépasser leur égoïsme prétendu pour adopter une posture altruiste. Qui plus est, cette rationalité se fonde sur des disponibilités informationnelles et, nous le soulignons au paragraphe précédant, il est facilement admissible que celles-ci soient le plus souvent limitées, autant que peuvent l'être les capacités d'interprétation de ces dernières. Enfin, la technique offerte par la maximisation se révèle insuffisante pour rendre compte d'un processus complexe de décision en incertitude.

Pour répondre à ces défis, l'économie va alors développer quantité de travaux dans plusieurs directions qui vont avoir pour ambition de refonder la théorie de la décision en intégrant la présence de normes et les différents biais¹⁶ qui font qu'un acteur est dans l'incapacité d'estimer efficacement des probabilités de réalisation d'un état.

Dans ce registre une économie dite « comportementale » se développe afin de savoir comment les agents agissent « réellement » et envisage des types de comportement standards dont le « bon père de famille » constitue une illustration. La question n'est alors plus de savoir si un agent est rationnel mais comment il l'est !

Parallèlement, cette branche de l'analyse économique dépasse l'observation des individus et des procédures pour investir une réflexion portant sur les systèmes juridiques et leur « efficacité ». Cette quête d'efficacité amène alors à un glissement perceptible d'une approche positive à une conception plus normative où la recherche d'efficacité est au moins légitime si ce n'est obligée. Reste à savoir, et ce n'est pas le moindre problème rencontré, de quelle efficacité on parle.

R. Posner, particulièrement actif en la matière dans les années 70, suggère que l'efficacité annoncée repose non sur le fameux optimum de Pareto¹⁷ irréaliste selon lui en matière juridique, mais sur un critère de maximisation de la richesse dans sa version « agrégée ». Au plan pratique, cela se traduit par le fait qu'un agent « *n'a aucune obligation à respecter son contrat dès lors que la violation du contrat permet d'augmenter la richesse et tant qu'il dédommage le cocontractant des conséquences de cette violation* »¹⁸.

Quoiqu'il en soit et quelle que soit la forme « technique » d'efficacité retenue, l'affirmation selon laquelle le système juridique poursuit un but de nature économique invite à s'interroger sur la pertinence du choix d'un critère économique en tant que critère moral. Il ne s'agit plus alors d'investir les liens entre deux disciplines que sont le droit et l'économie mais plutôt de revenir à la question de la morale et du dialogue qu'elle entretient avec la Science

¹⁵ Voir O. Tercieux, « Sélection d'équilibre par l'information incomplète », *Revue d'Economie Industrielle*, N°114/115, 2nd et 3^{ème} trimestre 2006, p.85.

¹⁶ Le biais optimiste consacre par exemple la situation où l'une des parties surévalue les chances de gagner un procès. Ce même biais peut conduire une entreprise à choisir un mauvais investissement...

¹⁷ L'optimum de Pareto est une situation telle qu'il n'est pas possible d'augmenter l'utilité (la satisfaction) d'un agent sans dégrader celle d'un autre. Ce critère ne se soucie donc pas de la répartition des richesses et n'a pas de finalité distributive. L'équilibre néoclassique est sensé se confondre avec cette version de l'optimum.

¹⁸ S. Ferey, op. cit. p. 29. Cette version de l'efficacité se rapproche pour l'auteur du critère dit de « Kaldor-Hicks »

Economique elle-même.¹⁹ Qui plus est nombreux sont ceux qui vont se demander s'il n'est pas dangereux de réduire l'analyse des comportements des tribunaux aux conséquences de leurs décisions.

Pour ces différentes raisons, l'économie du droit est aujourd'hui plus modeste dans ses approches normatives et l'économie, lorsqu'elle est convoquée, a vocation à fournir expertises et évaluations à des règles de droit qui étudient certes la même chose mais sous un angle résolument différent. L'analyse coût – avantage (appelée également coût/ bénéfice) entre dans cette palette d'outils partagés.

III - Les pistes actuelles : macroéconomie et biens publics²⁰

Parvenue à maturité à l'aube du 21^{ème} siècle, l'analyse économique du droit se dégage peu à peu des influences de l'école de Chicago autant que de la common law pour investir le droit civil de tradition continentale ou pour observer les liens entre droit de la concurrence européen et contexte institutionnel ad hoc²¹. Les grilles de lecture sensées décrypter le poids des textes et réformes constitutionnels sur le développement économique s'enrichissent alors passant d'une analyse microéconomique à une macroéconomie fortement teintée de néo-institutionnalisme.

Dans ce contexte, des travaux s'intensifient visant notamment à tester et à comparer les performances économiques, mesurées en termes de croissance, de pays de l'OCDE en fonction des cadres juridiques (anglo-saxons, français, allemand ou scandinaves) dans lesquels se déroulent l'action publique et les activités économiques des agents privés.

Les résultats obtenus, abondamment repris d'ailleurs par la Banque Mondiale, consacrent la supériorité des systèmes de droit produit par le juge sur les systèmes de droit produit par le législateur. Les meilleurs résultats obtenus par les pays de common law sur les pays dits « de droit civil » seraient à rechercher dans une meilleure protection des investisseurs.

On imagine aisément que des critiques, nombreuses, n'ont pas manqué d'être formulées quant à ces conclusions opposant droit des codes et droit du consensus ; la plus décisive étant sans doute que les indicateurs retenus consacrent une « perception » du système considéré et non une véritable mesure de sa qualité. Qui plus est, si l'économie est dans une phase conjoncturelle favorable, il y a fort à parier que la qualité du droit en vigueur soit réputée satisfaisante ...

En dépit de ces désaccords profonds, certes d'importance eu égard à la construction européenne ou quant aux choix de pays en développement désireux de réformer leur système juridique, ces analyses ont toutefois le mérite de mettre en lumière l'importance de l'histoire et des cultures juridiques.

Les travaux les plus récents se penchent désormais sur les capacités d'adaptation des systèmes juridiques aux innovations économiques et sociales qui émergent avec plus de

¹⁹ Voir V. Thireau « L'éthique dans le monde des économistes », *Revue Juridique Nîmoise*, N°5, 2010.

²⁰ Voir B. Deffains et M. Obidzinski, « Vers de nouveaux questionnements : Production, design et évolution des systèmes juridiques » in *Analyse économique du droit* op. cit.p. 376 à 394.

²¹ J. M. Josselin et A. Marciano « Les relations de mandat dans les systèmes constitutionnels : approche théorique et application au cas européen, *Revue d'Economie Politique* n°112 (6), nov-déc 2002.

rapidité chaque jour dans un contexte de globalisation des marchés. Cette connaissance de la dynamique des rapports droit/économie puise abondamment dans le droit du travail car c'est là que se cristallisent les changements les plus perceptibles et peut-être les plus radicaux en termes d'impact sur les marchés et le bien être collectif.

Deux mouvements apparemment contradictoires se dessinent en fait actuellement²² :

- d'une part on assiste à une prolifération d'analyses qui visent à mettre en évidence les avantages d'une production décentralisée de normes juridiques encourageant ainsi une compétition en la matière. Cette compétition aurait, nous dit-on le mérite de contribuer à une satisfaction d'un plus grand nombre de préférences ou d'attentes hétérogènes des citoyens. En outre, les comparaisons possibles garantiraient de meilleurs processus d'apprentissages. Les règles juridiques sont ici interprétées comme des biens publics et se doivent de satisfaire les conditions standards de la concurrence telles que la mobilité des agents, l'information parfaite ou l'atomicité permettant l'émergence de nombreux créateurs de droit...
- D'autre part, la tentation est grande d'atteindre le graal d'une bonne gouvernance à l'échelle mondiale. Ressurgit alors l'opposition entre un droit des règles négociées, facilement adaptables et écrit ex post et un droit du souverain, parfait et immuable, comportant une théorie complétée de règles d'interprétation écrites ex ante. Gageons que le débat et l'échange d'arguments ont encore de beaux jours devant eux...

Au terme de ce tour d'horizon, le bilan du voyage se révèle frustrant, si incomplet, tant la richesse des apports et des actions réciproques entre droit et économie ne peuvent se résumer à quelques lignes lapidaires et réductrices...Il invite toutefois à poursuivre la réflexion et à investir les débats, nombreux, qui traversent le dialogue entretenu. L'occasion est trop belle pour ne pas répéter inlassablement à nos étudiants, économistes ou juristes en devenir, de ne pas s'exclure desdits débats et de porter, dès que l'occasion leur en est faite et elles ne sont pas rares à l'Université de Nîmes, un regard bienveillant et curieux sur des disciplines en apparence « exotiques ».

Bibliographie

Auby B., *Law and Economics*, Encyclopédia Universalis.

Becker G. « Crime and Punishment: An Economic Approach ». *The Journal of Political Economy* 1968.

Calabresi G. Melamed D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review

Crettez B. et Deffains B., « concurrence, harmonisation et unification des législations », *Analyse économique du droit*, De Boeck, 2009. p. 300.

Coase R., *How judges think ?*, Harvard University Press, 2008.

Deffains B. et Langlais E., *Analyse économique du Droit*, De Boeck, 2009.

²² Voir B. Crettez et B. Deffains, « concurrence, harmonisation et unification des législations », *Analyse économique du droit*, op. cit. p. 300.

Deffains B. et Obidzinski M., « Vers de nouveaux questionnements : Production, design et évolution des systèmes juridiques » in *Analyse économique du droit* De Boeck, 2009 p. 376 à 394.

Ferey S in ,Deffains B. et Langlais E., *Analyse économique du Droit*, De Boeck, 2009.

Friedman M. *Essai d'économie positive*, Litec, 1992.

Frydman B. « Pourquoi Dworkin intéresse t-il les philosophes ? », *Revue internationale de philosophie*.

Josselin JM et Marciano A. « Les relations de mandat dans les systèmes constitutionnels : approche théorique et application au cas européen, *Revue d'Economie Politique* n°112 (6), nov-dec 2002.

Perelman C., « Ethique et droit », Editions de l'Université de Bruxelles, 1990.

Menard C., « Oliver E. Williamson : Des organisations aux institutions », *Revue d'Economie Politique* 120 (3), mai-juin 2010.

Smith A. *Leçons sur la jurisprudence*, Dalloz, 2009.

Tercieux O., « Sélection d'équilibre par l'information incomplète », *Revue d'Economie Industrielle*, N°114/115, 2nd et 3^{ème} trimestre 2006, p.85

Thireau V. « L'éthique dans le monde des économistes », *Revue Juridique Nîmoise*, N°5, 2010.