



HAL
open science

les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics

Régis Lanneau

► **To cite this version:**

Régis Lanneau. les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2009. Français. NNT: . tel-00498026

HAL Id: tel-00498026

<https://theses.hal.science/tel-00498026v1>

Submitted on 6 Jul 2010

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.

Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense

UFR de Sciences Juridiques, Administratives et Politiques ; Centre de Théorie et d'Analyse du Droit

Thèse

Pour l'obtention du grade de Docteur en Droit Public

Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics

Présentée et soutenue publiquement par :

Monsieur Régis Lanneau

Le 10 décembre 2009 à l'université de Paris Ouest – Nanterre La Défense

Sous la direction de :

Monsieur Jean Marie Denquin, *professeur à l'université de Paris Ouest - Nanterre La Défense*

&

Monsieur Lewis A. Kornhauser, *professeur à la New York University School of Law*

Jury de thèse composé de :

Monsieur Pierre Brunet, *professeur de droit public à l'université de Paris Ouest - Nanterre La Défense*

Monsieur Jean Marie Denquin, *professeur de droit public à l'université de Paris Ouest - Nanterre La Défense*

Monsieur Bertrand du Marais, *Conseiller d'Etat, professeur associé à l'université de Paris Ouest - Nanterre la Défense*

Monsieur Lewis A. Kornhauser, *professeur à la New York University School of Law*

Monsieur Ejan Mackaay, *professeur émérite à l'université de Montréal* (rapporteur)

Madame Horatia Muir-Watt, *professeur de droit privé à l'Institut d'Etudes Politiques de Paris* (rapporteur)

L'Université de Paris Ouest – Nanterre-La Défense n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

Remerciements :

Je remercie tout d'abord mes directeurs de thèse qui m'ont permis de valoriser au mieux mon travail et qui ont su me guider lorsque cela était nécessaire. Je remercie notamment Mr Kornhauser pour m'avoir permis de passer un semestre extrêmement enrichissant à NYU. Je remercie également Mr Denquin pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je remercie les membres du jury qui me font l'honneur de juger mon travail.

Je remercie également Elodie Bertrand et Elisabeth Krecké qui ont eu l'obligeance de me fournir leurs travaux et qui ont formulé des remarques sur la partie économique de cette thèse. Les erreurs potentielles ne sauraient leur être imputées et sont propres à l'auteur.

Il serait impossible de ne pas mentionner Michel Troper avec qui ce travail a été initié et a démarré dans les meilleures conditions.

Je remercie l'ensemble des personnes, professeurs, parents, amis, pour leur soutien et leurs encouragements durant cette difficile épreuve.. Leurs critiques, lectures et illustrations ont conduit à une amélioration substantielle de ce travail.

Je remercie enfin le centre de théorie et d'analyse du droit et ses membres qui ont su m'accompagner utilement dans ce travail.

Résumé

Titre :

Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics

Résumé :

La présente thèse vise à montrer que l'analyse économique du droit est une philosophie du soupçon, un système logique d'interprétation des phénomènes juridiques qui peut nous apporter des connaissances si nous prenons bien en compte sa qualité de système d'interprétation. Les propositions économiques étant largement analytiques, elles peuvent nous informer uniquement par les questions qu'elles suscitent.

Le raisonnement économique est tout d'abord un code de perception qui se fonde sur deux concepts : la rationalité et l'efficacité. Ce code de perception nous donne des intuitions qui « semblent » pertinentes pour l'étude du droit (à la fois sur ce qu'est le droit et sur l'approche du raisonnement juridique). Se pose alors la question de ce qui fait la « validité » des connaissances proposées. Des considérations a priori ou des considérations empiriques semblent insuffisantes pour rendre compte de la pertinence de ce type d'analyse. Nous proposons finalement une approche en termes de renversement : ce n'est qu'en saisissant que le code n'est qu'un code et en confrontant ses propositions à d'autres points de vue que nous pouvons espérer gagner des « connaissances ». L'analyse économique du droit pose aussi la question de l'analyse juridique du droit.

Mots clefs :

Analyse économique du droit, économie du droit, philosophie du droit, raisonnement juridique, théorie du droit, épistémologie du droit, rationalité, efficacité, cognition, droit constitutionnel, empirisme, pragmatisme, réalisme, positivisme.

Abstract

Title :

Epistemological foundations of the Law & Economics Movement

Summary:

The following thesis demonstrates that economic analysis of law is a suspicion philosophy, an interpretative system of legal phenomena which brings knowledge if, and only if, we take into account its interpretative nature. Economic propositions are mainly analytical, they leads to knowledge through the questions they raise.

Economic reasoning is a “code”, a way to interpret the outside world, which uses two main concepts: rationality and efficiency. This code leads to insights that “seem” to be relevant for the study of law (for understanding the concept of law and legal reasoning). However, how is it possible to say that we are learning something? Both a priori considerations and empirical testing seem to be insufficient to qualify its results. In this thesis, we advocate for a new approach of its results that I will call “renversement” [reverse analysis]: it is only if we consider the code as a code and with a comparison of its results to the results of other points of view, that it is possible to learn something. It also shows that economic analysis of law raises the question of the nature of a legal analysis of law.

Key words:

Economic analysis of Law, Economic Approach to law, Law and Economics, philosophy of law, legal reasoning, legal theory, legal epistemology, rationality, efficiency, cognition, constitutional law, empiricism, pragmatism, realism, positivism

Sommaire

INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 : DÉCRYPTAGE DU SYSTÈME D'INTERPRÉTATION DU MOUVEMENT LAW & ECONOMICS, UN CADRE D'ANALYSE VAGUE.....	35
TITRE 1 : LES ÉLÉMENTS À LA BASE DU SYSTÈME D'INTERPRÉTATION DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LA TRANSPOSITION DES OUTILS DE L'ÉCONOMIE.....	39
<i>Chapitre 1 : La conception de l'homme dans l'analyse économique du droit : une conception formaliste de la rationalité.....</i>	<i>43</i>
<i>Chapitre 2. La définition de l'objectif social, le problème de l'efficience.....</i>	<i>163</i>
CONCLUSION DU TITRE PREMIER : LA NÉCESSITÉ DE SPÉCIFIER LE SYSTÈME AXIOMATIQUE.....	347
TITRE II. L'APPRÉHENSION DES PHÉNOMÈNES JURIDIQUES DANS LE CADRE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT.....	351
<i>Chapitre 1. Une reconstruction de l'objet « droit » à partir du codage économique : le droit comme phénomène économique.....</i>	<i>355</i>
<i>Chapitre 2. L'application du codage économique à un objet « droit » déjà formé, une approche « réaliste » du droit ?.....</i>	<i>531</i>
PARTIE 2. LA « FORCE » ÉPISTÉMOLOGIQUE DU CODAGE ÉCONOMIQUE DES PHÉNOMÈNES JURIDIQUES.....	677
TITRE 1. À LA RECHERCHE DU DÉPASSEMENT DU CODE : LES LIMITES DE LA VALEUR ÉPISTÉMOLOGIQUE DES RÉSULTATS FOURNIS PAR LE CODAGE ÉCONOMIQUE DES PHÉNOMÈNES JURIDIQUES.....	683
<i>Chapitre 1. Le problème de la détermination du champ de validité du code.....</i>	<i>687</i>
<i>Chapitre 2. Le problème de la validation empirique des résultats du code.....</i>	<i>765</i>
TITRE 2. RENVERSEMENT DE L'ANALYSE ET IDENTIFICATION DE LA VALEUR ÉPISTÉMOLOGIQUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT.....	845
<i>Chapitre unique. Le code comme code, réflexivité et jugement : la place de l'analyse économique du droit dans les approches juridiques.....</i>	<i>849</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	919
BIBLIOGRAPHIE.....	925
TABLE DES MATIÈRES.....	987

« *Quel est le but de la philosophie ? Montrer à la mouche comment sortir de la bouteille à mouches* ».

Ludwig Wittgenstein (*Investigations Philosophiques*, §309)

INTRODUCTION

« from time to time it is probably necessary to detach one's self from the technicalities of the argument and to ask quite naively what it is all about »¹

Friedrich Hayek

Peut-on rendre compte positivement, mais aussi normativement, de la substance des règles juridiques et de leur fonctionnement ?

Peut-on analyser « scientifiquement », le pourquoi des règles, leur(s) logique(s) profonde(s) et les choix en matière d'interprétation et de décisions ?

Peut-on, par une approche systématique, gagner en certitude dans l'utilisation des catégories juridiques ou encore en connaissance du droit ? Si tel n'est pas le cas, comment évaluer une décision de justice ou la critiquer ?

Comment prendre une décision satisfaisante ? Que signifierait ce « satisfaisante » ?

Peut-on espérer pouvoir créer consciemment un droit « rationnel », ou disposer d'outils permettant d'en comprendre les conséquences ? Que signifierait ce « rationnel » ?

L'analyse économique du droit propose une méthodologie d'approche des phénomènes juridiques qu'elle considère comme scientifique. En s'appuyant sur un point de vue systématisé, elle espère faciliter la résolution des problèmes juridiques en les recentrant. La transposition des outils de l'économie dans le domaine du droit pourrait alors se révéler extrêmement pertinente pour le travail des juristes. Il ne faudrait cependant pas succomber aux sirènes de la méthode sans en avoir analysé les fondements épistémologiques ; tel est précisément l'objet de cette thèse.

1. Le mouvement Law and Economics, le codage économique des questions juridiques

Les économistes modernes perçoivent le monde d'une façon tout à fait singulière². En transformant l'économie politique en science économique³, ils ont forgé des outils et un appareil

¹ Friedrich Hayek, *Economics and Knowledge*, 1937, *Economica*, London, vol IV, pp 33-54, p 54; reproduit dans Friedrich Hayek, *Individualism and Economic Order*, [1948] 1992, Chicago University Press, Chicago, 272 pages, pp 33-56, p 56

axiomatique puissants⁴ qui sont facilement transposables aux autres disciplines des sciences sociales et au secteur non marchand⁵. Tout problème de décision constitue un domaine dans lequel les outils de l'analyse économique peuvent être transposés. Certains auteurs parlent ainsi de l'impérialisme économique ou encore de l'extension du domaine de l'économie⁶. Cette extension ne signifie pas, bien évidemment, la disparition de la méthode de la discipline « envahie » ou « colonisée » mais l'utilisation, souvent concurrente, d'un nouveau code pour la structurer⁷.

Le mouvement *Law & Economics* est à l'origine de l'introduction du code de la science économique, et précisément de la microéconomie, dans le champ juridique et, plus généralement, dans l'univers des normes. Les auteurs ne mentionnent jamais, à notre connaissance, l'idée de code, mais leurs définitions semblent y faire référence. Ainsi, pour Shavell, le mouvement se caractérise par « *the general social scientific point of view of the discipline of economics, under which actors are regarded as forward looking and rational, and the notions of the social good employed in evaluating policy are explicitly articulated* »⁸, autrement dit par un point de vue. De la même manière, Frydman parle d'une importation « *des concepts de base de la théorie économique* » dans le domaine juridique⁹. Pour Hirsch, il s'agit d'appliquer la structure de l'économie néoclassique au droit¹⁰. Pour Kornhauser, « *These projects [ceux de l'analyse économique du droit] have in common the application of microeconomic*

² sur ce point, voir par exemple : James H. Nicholes and Colin Wright (eds), *From Political Economy to Economics And Back?*, 1990, Institute for Contemporary Studies (ICS) press, San Fransisco, 250 pages; Uskali Mäki (ed) *The Economic World View*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 400 pages; Steven Rhoads, *The Economist's View of the World*, 1985, Cambridge University Press, Cambridge, 331 pages.

³ Cette transformation commence véritablement dans les années 1870 avec la révolution marginaliste initiée par Carl Menger, Stanley Jevons et Léon Walras ; il est possible de considérer qu'elle ne fait que suivre le positivisme ambiant dans les sciences de l'homme. Voir : Deborah Redman, *The Rise of Political Economy as a Science*, 1997, MIT press, Cambridge, 470 pages.

⁴ Si bien que la définition de la science économique fait plus référence à ses différents outils qu'à un domaine propre. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

⁵ Le pionnier de l'analyse économique du secteur non marchand est sans doute Gary Becker (voir Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976, Chicago University Press, Chicago, 314 pages, spécialement chapitre 1).

⁶ Par exemple : Edward P. Lazear, Economic Imperialism, *Quarterly Journal of Economics*, 2000, vol 115, février, 99-146; Jack Hirshleifer, The Expanding Domain of Economics, in *The Dark Side of the Force*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 357 pages, pp 306-341

⁷ Nous nous référons ici, indirectement, à la théorie autopoïétique de Luhmann. Luhmann ne sera pas directement utilisé lors de nos développements mais une interprétation de ses travaux a inspiré la logique de cette thèse.

⁸ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, Harvard University Press, Cambridge, 737 pages, spécialement p xix.

⁹ Benoît Frydman, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice, l'école de l'analyse économique du droit, in Andreani Tony Rosen, *Structure, Système, Champ et Théorie du Sujet*, 2000, L'Harmattan, Paris, 343 pages, pp 127-146, spécialement p 127.

¹⁰ Werner Hirsch, *Law and Economics*, 1999, Academic Press, London, 358 pages, p 1

theory to understanding of legal rules and institutions »¹¹. Pour Jamin, il s'agit d'appréhender le droit par l'économie¹². Enfin, Mercurio et Medema, dans leur livre *Economics and the Law* visant à dresser le panorama des différentes écoles au sein du mouvement¹³, le définissent ainsi : « *Today, Law and Economics can be defined as the application of economic theory (primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics) to examine the formation, structure, processes and economic impact of law and legal institutions* »¹⁴.

Toutes ces définitions indiquent clairement la volonté d'utiliser des concepts économiques pour appréhender le droit et les phénomènes juridiques. L'analyse économique du droit est d'ailleurs considérée actuellement comme une discipline économique à part entière (JEL code K) et dispose de son programme de recherche au *National Bureau of Economic Research* (NBER) depuis 1977. Il reste alors difficile de savoir si l'analyse économique du droit est une approche véritablement pluridisciplinaire¹⁵ ou si, finalement, seule la méthode déterminant l'objet, il n'y aurait qu'un mirage de « pluridisciplinarité ». La présente thèse tentera de répondre, au moins implicitement, à cette question.

Ces définitions, assez diverses et finalement peu précises (que signifie l'économie, le droit ?), traduisent la difficulté à circonscrire, sans ambiguïté, le domaine véritable du mouvement, et donc les apports de celui-ci. Comme le note Hirsch, « [...] *not all practioners of law and economics agree*

¹¹ Lewis Kornhauser, *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, in Martin Golding and William Edmundson, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2004, Blackwell publishing, Oxford, 368 pages, pp 67-79, spécialement p 68.

¹² Christophe Jamin, *Economie et Droit*, in Denis Alland et Stéphane Rials (eds), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, 2003, Lamy/Puf, Paris, 1680 pages, pp 578-581, spécialement p 580

¹³ Nicholas Mercurio & Steven Medema, *Economics and the Law, From Posner to post-modernism*, 1997, Princeton University Press, Princeton, 235 pages, préface. Une deuxième édition, étendue, a été publiée en 2006.

¹⁴ Nicholas Mercurio & Steven Medema, *Economics and the Law, From Posner to post-modernism*, op cit, p 3. (Nous ne souscrivons cependant pas à la définition qu'ils proposent en note. Celle-ci nous semble trop large et fait appartenir au mouvement toute analyse s'intéressant aux interrelations entre le droit et l'économie). La définition proposée, se retrouve aussi, par exemple, chez Posner (Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1973, Little Brown and Company, Boston, 415 pages, p ix), Harnay et Marciano (Sophie Harnay et Alain Marciano, *Posner, L'Analyse Economique du Droit*, 2003, Michalon, Paris, 121 pages, p 7), Rowley (Charles K Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, in Nicholas Mercurio (ed), *Law and Economics*, 1989, Kluwer academic publishers, Boston, 264 pages, pp 123-173, spécialement p 125).

¹⁵ Voir par exemple, C.A.E. Goodhart, *Economics and the Law, too much one way traffic*, 1997, *The Modern Law Review*, vol 60, pp 1-22; Arnaud Raynouard, *Faut-Il Avoir Recours à l'Analyse Economique du Droit (AED) pour Assurer l'Efficacité Economique du Droit ?*, 2008, *Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de Méthodologie Juridique n°2, 2008-5, pp 2509-2521, spécialement p 2521 où l'auteur écrit que l'analyse économique du droit, dans sa version néoclassique, est plus affaire d'économistes.

*altogether on its scope and methods of inquiry [...]»¹⁶. L'idée de codage du droit par l'économie reste à notre avis le trait caractéristique du mouvement et nous devons nous résigner à choisir une définition impressionniste afin d'intégrer l'ensemble des pratiques se réclamant de celui-ci. Ainsi, une définition n'incluant que l'économie néoclassique nous semble trop restrictive¹⁷, même si elle est effectivement la marque du courant dominant et constitue le socle du développement des approches alternatives. Il n'existe pas une mais plusieurs analyses économiques du droit. Comme le résume parfaitement Duxbury, «*Today, law and economics is a subject over which controversy and confusion reign. Defining the subject is like trying to eat spaghetti with a spoon [...]. For anyone coming fresh to law and economics, disorientation is a state quickly achieved*»¹⁸.*

La terminologie *Law & Economics* apparaît dès lors trompeuse puisqu'elle ne traduit pas exactement l'idée que le droit est codé par l'économie, et pourrait laisser croire que le mouvement est concerné par l'ensemble des interactions possibles entre ces deux domaines¹⁹. Aussi l'expression d'analyse économique du droit lui est souvent préférée, tant en anglais qu'en français, les deux expressions étant pour beaucoup synonymes²⁰. Nous retrouvons parallèlement les notions d'économie du droit²¹, d'approche économique du droit²², ou encore de *law and market economy*²³, pour ne retenir que les expressions courantes. Si toutes sont proches, elles ne nous semblent pas pour autant synonymes, mais rares sont les auteurs à expliquer la terminologie

¹⁶ Werner Hirsch, *Law and Economics*, op cit, p 1

¹⁷ Certains auteurs parlent ainsi de «*law and neoclassical economics*» pour parler du mouvement «*law and economics*». Par exemple : James Hackney Jr, *Law and Neoclassical Economics theory*, *Journal of Socio-Economics*, 2003, vol 32, pp 361-390; voir aussi Werner Hirsch, *Law and Economics*, op cit, p 1

¹⁸ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, 1995, Oxford University Press, Oxford, 520 pages, pp 314-315

¹⁹ Ainsi le droit économique n'est pas à proprement parler du «*Law and economics*» ; pour Christophe Jamin, l'analyse économique du droit est «*l'exact opposé du droit économique*» (Christophe Jamin, *Economie et Droit*, op cit, spécialement p 580). Nous ne partageons pas entièrement cette dernière analyse pour des raisons qui apparaîtront clairement dans la suite de nos développements.

²⁰ Sophie Harnay et Alain Marciano, *Posner, L'Analyse Economique du Droit*, op cit, p 7 ; Charles K Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, in Nicholas Mercuro (ed), *Law and Economics*, 1989, Kluwer academic publishers, pp 123-173, spécialement p 125.

²¹ Par exemple: Thomas Miceli, *Economics of the Law*, 1997, Oxford University Press, Oxford, 236 pages; Anthony Ogus et Michael Faure, *Economie du droit: le cas français*, 2002, Panthéon assas, Paris, 176 pages.

²² Par exemple: Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, 1998, Foundation press, New York, 442 pages

²³ Par exemple: Robin Paul Malloy, *Law and Market Economy*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 179 pages

choisie²⁴. Nous nous intéresserons dans cette thèse à l'ensemble des analyses considérées comme appartenant au mouvement, quelle que soit la terminologie adoptée.

D'une manière générale, nous considèrerons que le mouvement *Law & Economics* est composé des différentes méthodes d'analyses ou d'approches économiques du droit dont nous mettrons en évidence l'unité de structure abstraite de raisonnement. Ces deux dernières expressions ne sont pas équivalentes quant à leur connotation, la première apparaissant plus scientifique (analyse) que la seconde (approche), mais retranscrivent la réalité de ce que signifie actuellement le mouvement *Law & Economics*. Ce courant constitue certes un point de vue mais un point de vue systématisé permettant de passer (ou de faire croire au passage) de l'approche à l'analyse.

Dans la suite de notre thèse, nous utiliserons la notion d'analyse économique du droit comme concept générique (sans connotation) pour parler du mouvement *Law & Economics*. Si nous gardons l'appellation au singulier, en conservant par là même l'expression classiquement utilisée, il ne faut pas perdre de vue qu'un pluriel aurait été plus pertinent. Cette pluralité des approches a, en effet, des conséquences non négligeables pour l'interprétation des résultats proposés.

Le codage économique des questions juridiques conduit à distinguer deux types d'analyses au sein du mouvement, reprenant en cela la distinction classique, depuis Robbins, entre économie positive et économie normative²⁵. Dans le domaine de l'analyse économique du droit, cette opposition est censée retranscrire celle qui existait aux débuts du mouvement entre l'école de Chicago et l'école de Yale²⁶. Cette distinction s'avère cependant plus théorique que réelle, le descriptif et le normatif pouvant apparaître liés dans la plupart des travaux issus de l'analyse économique du droit (ce qui crée certaines ambiguïtés dans l'appréciation des résultats du mouvement puisque les critères techniques ne sont pas interprétés comme critères techniques).

L'analyse économique appliquée au droit viserait, dans sa version positive, à redonner du sens à l'évolution juridique et à prévoir les comportements des individus suite à une modification d'une

²⁴ Robin Paul Malloy (*Law and Market Economy*, op cit, spécialement p 6) tente une telle distinction mais uniquement car il souhaite se démarquer du courant dominant ; Thomas Miceli explicite son choix pour l'approche économique du droit (Thomas Miceli, *The Economic Approach to Law*, 2004, Stanford University Press, Stanford, 379 pages, spécialement p XIX). L'usage d'une terminologie spécifique n'est cependant pas la garantie d'une approche différente. Ce n'est qu'implicitement que ces différences sont pertinentes.

²⁵ Cette distinction est souvent mise en avant dans les manuels. Voir par exemple, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, pp 1-4

²⁶ Mercurio et Medema, *Economics and the Law*, op cit, chap 2; Francesco Parisi, Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics, 2004, *Georges Mason Law and economics research paper* n°04-22, spécialement p 8, reproduit dans *European Journal of Law and Economics*, 2004, vol 18, n°3, pp 259-272. Posner reprend cette opposition (Richard Posner, Some Uses and Abuses of Economics in Law, 1979, *The University of Chicago Law Review*, vol 46, n°2, pp 281-306, spécialement p 285).

ou plusieurs règles juridiques²⁷. Ainsi, l'une des premières thèses « positives » avancées par Posner dès 1973²⁸ correspond à l'efficacité de la *common law*. Plus « positivement », pour Posner, l'analyse économique du droit permettrait de recréer du sens pour la compréhension du droit, à une époque où la méthode d'enseignement socratique (majoritaire dans les universités américaines) évitait de dévoiler la logique profonde de chacune des disciplines. Ainsi, il précise, en se souvenant de ses années à la Harvard Law School : « *When I was a student the law seemed an assemblage of completely unrelated rules, procedures and institutions. Economics reveals a deep structure of law that has considerable coherence* »²⁹. Cette remarque ne nous semble pas anodine et explique, en partie, le pouvoir de fascination de l'analyse économique du droit, surtout pour les juristes de *common law*.

Dans sa version normative, l'analyse économique du droit servirait à critiquer et améliorer les normes juridiques et les institutions et à conseiller le juge ou le législateur sur les règles à mettre en place. Cette fonction fait partie intégrante de l'économie – mais aussi du droit – qui a toujours été liée, d'une façon ou d'une autre, à la question de la réforme sociale (il suffit de penser au keynésianisme et au New Deal, à la question du chômage, à la politique de Thatcher inspirée par le libéralisme économique, au marxisme, etc.). C'est évidemment sous cette forme normative que l'analyse économique du droit se doit d'être manipulée avec prudence.

La majorité de la littérature dans le domaine reste de nature normative pour le juriste (même si cette normativité découle de critères techniques si bien qu'elle peut aussi être considérée, en partie, comme descriptive relativement au système d'interprétation) et Posner est apparu rapidement comme une figure importante de ce type d'analyse³⁰. Ainsi, si en 1975, il reconnaissait que « *it is a general, and in my opinion a deplorable, characteristic of legal scholarship that normative analysis vastly preponderates over positive* »³¹, dès 1979, il essayait de promouvoir la maximisation de la richesse comme un concept éthique³².

²⁷ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 2001, Harvard University Press, Cambridge, 453 pages, spécialement p 35

²⁸ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1er édition, op cit. Cette thèse est bien évidemment critiquable.

²⁹ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, p 40

³⁰ Nous partageons, sur ce point, l'approche de Anthony Ogus (Anthony Ogus, What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics, 2004, *Chicago Kent Law Review*, vol 79, pp 383-401).

³¹ Richard Posner, The Economic Approach to Law, 1975, *Texas Law Review*, vol 53, pp 757-782, spécialement p 768

³² Richard Posner, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, 1979, *Journal of Legal Studies*, vol 8, 103-140, reproduit dans Richard Posner, *The Economics of Justice*, 1981, Chicago University Press, Chicago, 415 pages, spécialement chap 3 et 4.

Cette distinction entre économie positive et économie normative est bien délicate à établir³³ lorsque les analyses tournent autour des questions de prédictions et d'efficacité. Le vocabulaire utilisé par l'économie est trop connoté pour faciliter une distinction précise entre ce qui relève du descriptif et ce qui relève du normatif. Ainsi, pour Coleman et Lange « *those who would claim that economic efficiency provides the best explanation of a body of law are committed to the view that economic efficiency is an attractive moral ideal, sufficiently attractive to justify the use of political authority in implementing it. Thus, the hard and fast distinction between prediction and prescription, between positive and normative law and economics, cannot be sustained* »³⁴.

Plus positivement, Kornhauser recense cinq projets pour l'analyse économique du droit : « *These projects include (1) explanations of how a legal rule or institution influences individual behavior ; (2) explanations of why particular legal rules or institutions arose or persist; (3) the design of legal rules or institutions to accomplish particular aims; (4) the evaluation of legal rules or institutions; (5) the interpretation of specific legal doctrine* »³⁵. Si les deux premiers peuvent sembler plus « positifs » et les deux suivants plus « normatifs », le dernier projet est plus difficile à classer. Il pourrait correspondre à de l'exploration conceptuelle, fonction centrale pour saisir l'apport de l'analyse économique du droit. La classification proposée par Kornhauser est certainement la plus précise et la plus pertinente.

2. Les liens entre le droit et l'économie : la possibilité d'un codage économique des questions juridiques

Le cloisonnement de l'économie et du droit est souvent critiqué, tant par les économistes que par les juristes. Ainsi, Hayek déplore « *l'éclatement des disciplines* » qui a pour conséquences « *que les règles de juste conduite que le juriste étudie servent un genre d'ordre dont le juriste ignore largement le caractère ; et que cet ordre-là est principalement étudié par l'économiste qui, à son tour, est semblablement ignorant du caractère des règles de conduite sur lesquelles repose l'ordre qu'il étudie* »³⁶. Pour le juge Brandeis, « *a lawyer who has not studied sociology and economics is very apt to become a public enemy* »³⁷. De même pour le juge Holmes, « *for*

³³ Nous reviendrons sur cette difficulté dans le cadre de l'analyse économique du droit. Pour le traitement strictement économique de la question, voir Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, 2^e édition, [1992] 1994, Economica, Paris, 285 pages, spécialement chapitre 5.

³⁴ Coleman & Lange (eds), *Law and Economics*, 1992, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth/New York University Press, New York, 2 volumes, spécialement, vol 2, p xxi

³⁵ Lewis Kornhauser, *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, op cit, p 68

³⁶ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, [1973] 1980, PUF, Paris, 208 pages, spécialement p 5

³⁷ Louis Brandeis, *The Living Law*, 1916, *Illinois Law Review*, vol 10, pp 461-471, spécialement p 470

a rational study of the law, the black letterman may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics (...) As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made »³⁸.

Toutes ces critiques signalent le lien de parenté étroit entre l'économie et le droit. Pour certains « *the connections between law and economics appear to lie in the origins of economics itself. Indeed, they are perhaps genetically related...* »³⁹. Ainsi, Adam Smith, s'il est souvent considéré comme le fondateur de l'économie politique moderne, est aussi l'auteur des *Lectures on Jurisprudence*. Ce père de l'économie politique était d'ailleurs fils de juriste (même si son père meurt avant sa naissance). Bentham était lui aussi à la fois juriste et économiste. Backhaus fait remarquer, dans le même sens, que « *For Wolf, for instance, applying an economic analytical argument to a legal question was still a standard approach. Only after the disciplines had gone their separate ways would it seem natural for an economic problem to be met with an economic analytical tool, and a legal problem with the proper legal analytical tools* »⁴⁰. Autrement dit, tant que l'économie et le droit ne se sont pas constitués en disciplines, la séparation des approches est impossible, seule la question posée compte.

Plus généralement le lien de parenté se retrouve dans l'étymologie même du mot économie. En effet, celui-ci vient du grec « oikos nomos » qui signifie littéralement la loi ou l'ordre de la maison. Nomos peut aussi renvoyer aux règles de juste conduite⁴¹. L'économie politique a d'ailleurs été perçue comme un outil permettant d'assurer, avec le droit, l'ordre de l'Etat.

A l'étymologie, qui ne peut jamais constituer un argument conclusif, il faut ajouter la proximité des problématiques⁴². La question de l'allocation des ressources rares est ainsi centrale tant en économie qu'en droit. La rareté des ressources est même à l'origine du droit et de l'économie. Si nous sommes dans une société d'abondance, l'économie n'a que peu d'intérêt puisque justement elle suppose une rareté. De même, le droit tend à disparaître car il touche spécifiquement à la question du conflit qui renvoie, elle aussi, à la question des ressources rares. La rareté est aussi liée, plus profondément, à la présence d'autres individus, autrement dit à l'existence d'une société.

³⁸ Oliver Holmes, *The Path of Law*, 1897, *Harvard Law Review*, vol 10, pp 457-478, spécialement p 469, 474

³⁹ Cento Veljanovski, *The Economics of Law*, 1990, IEA, Hobart Paper 114, London, 95 pages, p 16. Nous souscrivons assez largement à cette position même si nous ne développerons pas ici les considérations historiques permettant de la justifier.

⁴⁰ Jürgen Backhaus (ed), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2e édition, 2005, Edward Elgar Pub, Northampton, 763 pages, p 1

⁴¹ en ce sens, Hayek, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, op cit

⁴² Sur ce point, voir David Friedman, *Law's Order*, 2000, Princeton University Press, Princeton, 329 pages, spécialement pp 8-17

A la problématique de l'allocation des ressources, il faut donc ajouter celle de la coordination et de l'interaction efficiente. L'économie touche plus spécifiquement la coordination par le marché mais cherche aussi à évaluer l'impact d'autres modes de coordinations⁴³. Le droit vise à instaurer des règles permettant une coordination des individus (par exemple, le fait de rouler à droite ou à gauche. La coordination suppose que tous les individus aient les mêmes intérêts) ou une interaction efficiente (par exemple les règles du droit pénal ou du droit constitutionnel. L'interaction efficiente vise les cas dans lesquels les individus n'ont pas nécessairement les mêmes intérêts ; le cas du vol est typique)⁴⁴. Plus généralement, *le droit et l'économie s'intéressent à la question de « l'ordre » dans la société et s'avèrent être des palliatifs puissants contre les limites de la rationalité humaine.*

De la même manière, tant en économie qu'en droit, les choix sont supposés se réaliser sur des bases *rationnelles*. Il ne s'agit pas simplement de prendre une décision mais de prendre une *bonne* décision relativement à un certain nombre d'objectifs et de contraintes. Le choix rationnel est actuellement au centre de la définition de l'économie même si l'idée qu'il véhicule est moins transparente qu'il n'y paraît au premier abord⁴⁵.

Enfin, la représentation symbolique du droit via la balance et l'iconographie de la déesse Thémis n'est pas sans rappeler l'analyse coûts / bénéfices et sa neutralité affichée. De même, le glaive renvoie à la logique de l'incitation. Là où Thémis opérait un arbitrage, l'analyse économique propose un calcul⁴⁶.

Cette représentation rend floue la frontière entre droit et politique (ce qui a certainement favorisé l'émergence de ce type d'analyse dans les pays de *common law*). Néanmoins, l'étude de la fonction du droit est tout aussi nécessaire que l'étude de sa forme et il ne nous semble pas possible de définir véritablement le droit sans faire référence à ces deux aspects. La forme explique la fonction et la fonction est relative à la forme. Négliger l'une ou l'autre, c'est se priver de la possibilité d'une perspective globale.

L'origine commune du droit et de l'économie⁴⁷ aurait ainsi pu conduire à un constant dialogue, même après la séparation et l'autonomisation des disciplines au cours du XIXe siècle. Par un effet

⁴³ Le thème de la coordination est de plus en plus central en économie. L'œuvre d'Hayek tourne autour de cette dimension. On pourra aussi aller voir Samuel Bowles, *Microeconomics*, 2004, Princeton University Press, Princeton, 584 pages

⁴⁴ L'origine « économique » du droit fera l'objet du premier chapitre du titre 2 de la première partie de cette thèse.

⁴⁵ infra le premier chapitre de cette thèse.

⁴⁶ Ces différences seront explicitées dans le dernier chapitre de notre thèse.

⁴⁷ Finalement le droit et l'économie sont tous les deux issus de la philosophie politique. Voir sur ce point Joseph Cropsey, On the relation of Political Science and Economics, in *The American Political Science Review*, 1960, vol 54, n°1, pp 3-14.

de retour, elle a permis le codage économique des questions juridiques. En effet, comme nous le rappelle Ménard, « l'application d'une méthode hors de son domaine d'origine ne saurait créer une nouvelle théorie dans le champ où elle intervient sans l'émergence préalable, dans ce champ, des questions et des concepts qui rendent l'application pertinente, c'est-à-dire 'significative' »⁴⁸. Il faudra néanmoins attendre les années 1960 pour que naisse véritablement l'analyse économique du droit dans sa forme moderne.

3. L'apparition du mouvement Law & Economics sous sa forme moderne

Les origines du mouvement *Law & Economics* sont plus profondes que le milieu du XXe siècle. Il serait possible d'en trouver des traces dans les écrits de Hobbes, Smith, Hume, Bentham, Blackstone, Mill, voire même Aristote ou Thomas d'Aquin!⁴⁹ Nous ne développerons pas plus avant ce parallélisme, puisqu'il est assez délicat de savoir si ce dernier est construit ou s'il est réel. Néanmoins, il nous invite à nous interroger sur la spécificité des analyses issues du mouvement *Law & Economics* : changeons-nous simplement les flacons ou modifions-nous aussi le contenu ?

D'une manière générale, l'évolution du dialogue entre juristes et économistes, sauf en ce qui concerne son aboutissement, est semblable dans presque tous les pays européens⁵⁰, mais aussi aux Etats Unis⁵¹. Ainsi, dès la moitié du XIXe siècle, une réflexion économique appliquée au droit et une prise de conscience de l'interdépendance des deux disciplines apparaissent, incarnées par l'économie institutionnaliste. Le droit devient – et l'inspiration positiviste n'est pas négligeable –

⁴⁸ Claude Ménard, *La Machine et le Cœur*, in André Lichnerowicz, François Perroux et Gilbert Gadoffre (eds), *Analogie et Connaissance*, tome 2, 1980, Maloine, Paris, 270 pages, pp 137-151, spécialement p 150.

⁴⁹ Sur ce point, voir par exemple Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 65-117, spécialement pp 67-68; Richard Posner, *The Economics of Justice*, 1981, Chicago University Press, Chicago, 415 pages, spécialement pp 13-87; Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, Harvard University Press, Cambridge, 485 pages, spécialement pp 443-444, 452; Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, Harvard University Press, Harvard, 398 pages, spécialement p 83, 287; Philippe Simonnot, *Economie du Droit*, 2 tomes, 2003 et 2004, Belles Lettres, Paris, 432 et 428 pages, spécialement l'introduction; Robert McGee, *Thomas Aquinas : A Pioneer in the Field of Law and Economics*, *Western State University Law Review*, 1990, vol 18, pp 471-483.

⁵⁰ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics*, op cit; R. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, par exemple, p 287; voir aussi Jürgen Backhaus (ed), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2e édition, op cit, spécialement la dernière partie consacrée aux précurseurs, nombreux, de l'analyse économique du droit.

⁵¹ Nous n'insisterons pas ici sur l'histoire de la « première vague » et les précurseurs du mouvement. Pour plus de détails, voir Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 65-117. La bibliographie en fin d'article est certainement la plus riche sur le sujet. Voir aussi Warren J. Samuels, *Law and Economics, The Early Journal Literature*, 1998, Pickering & Chatto, London, 2 volumes. Cet ouvrage présente les premiers articles traitant spécifiquement de la relation entre le droit et l'économie, tant du point de vue des juristes que du point de vue des économistes.

un outil de gestion et un outil au service de la politique. Comme tel, il ne peut se désintéresser des problématiques économiques.

Cette analyse déclinera ensuite à partir des années 1920. Hovenkamp avance quatre paramètres susceptibles d'expliquer l'intérêt pour une analyse économique des institutions et du droit à cette période : « (1) *the widespread application of evolutionary models to the development of both law and economics theory*; (2) *the influence of the German Historical School, which encouraged economists to spend more time studying social institutions, including law*; (3) *the rise of utilitarian welfare economics, with its enhanced concern about the relationship between distribution and efficiency*; and (4) *the development of the social sciences, which were perceived to include both law and economics, and the widespread belief that the social sciences must somehow be "unified"* »⁵².

Le vent positiviste qui souffle sur la seconde moitié du XIXe siècle est certainement l'élément déterminant à la fois de l'émergence de ce type de raisonnement (et plus largement de la mise en interaction du droit et de l'économie) mais aussi de son déclin. La méthode utilisée est souvent mise en avant pour expliquer l'échec de cette analyse⁵³. Ainsi, pour Coase, « *the American institutionalists were not theoretical but anti-theoretical, particularly where classical economic theory was concerned. Without a theory they had nothing to pass on except a mass of descriptive material waiting for a theory, or a fire* »⁵⁴. Tout aussi virulent, Blaug met en avant le phénomène du « raconter des histoires [storytelling] » pour évoquer la « méthodologie » des institutionnalistes : « *'Raconter des histoires' utilise la méthode de ce que les historiens appellent la colligation, c'est-à-dire relier ensemble des faits et des généralisations de faible niveau, des théories de niveau élevé et des jugements de valeur dans une narration cohérente, le tout lié par le sentiment d'un ensemble implicite de croyances et d'attitudes que l'auteur partage avec ses lecteurs. [...] 'Raconter des histoires' manque de rigueur, manque d'une structure logique définie, il n'est que trop facile de vérifier et virtuellement impossible d'infirmier* »⁵⁵. Ainsi le positivisme a œuvré tant au rapprochement des disciplines qu'à leur autonomisation (et donc à leur séparation) via la construction de méthodologies spécifiques.

⁵² Herbert Hovenkamp, *The First Great Law and Economics Movement*, *Stanford Law Review*, 1990, vol 42, pp 993-1058, spécialement p 1056

⁵³ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics, the economist's new science of law 1830-1930*, 2005, Cambridge University Press, Cambridge, 212 pages; voir aussi Cento Veljanovski, *The Economics of Law*, 1990, IEA, Hobart Paper 114, London, 95 pages, spécialement p 17.

⁵⁴ Ronald Coase, *The New Institutional Economics*, 1984, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol 144, pp 229-231, spécialement p 230

⁵⁵ Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, p 110

Il reste cependant surprenant que le mouvement *Law & Economics*, dans sa forme moderne, ne se soit constitué qu'à partir des années 1960. Nous ne reviendrons pas, ici, sur les raisons économiques, juridiques, ou philosophiques de l'apparition du mouvement⁵⁶. Nous nous intéresserons brièvement à l'émergence du mouvement *Law & Economics* et nous marquerons la distinction entre la « old » et la « new » *Law & Economics*.

Nous nous concentrerons ici sur l'émergence du mouvement au sein de l'école de Chicago. La raison de ce choix est simple : l'analyse économique du droit, sous sa forme moderne, est intimement liée à l'école de Chicago et aux travaux des économistes et juristes qui en sont issus⁵⁷. Par ailleurs, les conditions de l'émergence de ce type d'analyse sont tout à fait éclairantes. Elles expliquent les raisons de la fascination des économistes et des juristes pour le sujet. Nous n'insisterons cependant pas, dans notre introduction, sur ce dernier lien.

Avant d'explicitier, brièvement, l'histoire du mouvement, il est important de remarquer que l'analyse économique du droit aurait pu cheminer vers une autre destinée si les méthodologies proposées par Buchanan et Tullock⁵⁸, Hayek⁵⁹ ou Downs⁶⁰ avaient été préférées. Nous n'aurons

⁵⁶ Sur ce point, la littérature est abondante, voir par exemple, Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit ; et Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 1992, Oxford University Press, Oxford, 361 pages ; Ejan Mackaay, *History of Law and Economics*, op cit; Mercurio and Medema, *Economics and the Law*, op cit; Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp239-254; Keith Hylton, *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, 2004, Boston University School of Law, Working Paper No. 04-04, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=547082>, 18 pages ; Edmund Kitch, *The Fire of Truth : A remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, 1983, *Journal of Law and Economics*, vol 26, pp 163-234; Edmund Kitch, *The Intellectual Foundations of Law and Economics*, 1983, *Journal of Legal Education*, vol 33, pp 184-196; Matthew Harrington, *The Admiralty Origins of Law and Economics*, 1998, *Georges Mason Law Review*, vol 7, n°1, pp 105-132; Herbert Hovenkamp, *Law and Economics in the United States: a brief historical survey*, 1995, *Cambridge Journal of Economics*, vol 19, pp 331-352; Cento Veljanovski, *The Economics of Law*, op cit, pp 16-27. Nous consacrerons quelques développements sur la question dans la suite de notre thèse (spécialement chapitre 2, titre 2, partie 1 et chapitre 1, titre 1, partie 2). Voir notamment Eric Fink, *Post Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism : Socio-legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics*, *Hastings Law Journal*, 2003-2004, vol 55, pp 931-964; Fransesco Parisi et Charles Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, 2005, Edward Elgar Publishing, Northampton, 531 pages. Nous traiterons plus spécifiquement de la filiation juridique de l'analyse économique du droit dans la seconde partie de notre thèse.

⁵⁷ Signalons sur ce point la Thèse de Samuel Ferey, *Histoire et Fondements de l'Analyse Economique du Droit*, soutenue en 2004 à l'université de Paris I (copie privée) (l'ouvrage vient d'être édité, dans une version corrigée, Samuel Ferey, *Une Histoire de l'Analyse Economique du Droit : Calcul Rationnel et Interprétation du Droit*, 2009, Bruylant, Bruxelles, 317 pages. Nous ferons ici référence à la thèse). L'auteur y souligne notamment l'évolution Knight, Becker, Posner ; Voir aussi, dans le même sens, Mercurio et Medema, *Economics and The Law*, op cit, p 51. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces questions.

⁵⁸ James Buchanan et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, [1962] 1965, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 361 pages

⁵⁹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, op cit

⁶⁰ Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, Harper and Row, New York, 310 pages.

pas ici l'occasion de proposer une explication de ce phénomène⁶¹. Ces différentes analyses sont considérées à l'heure actuelle comme des formes d'analyse économique du droit.

En ce qui concerne la distinction entre l'ancienne et la nouvelle analyse économique du droit, Posner est relativement clair: « *Whereas the 'old' law and economics confined its attention to laws governing explicit economic relationships, and indeed to a quite limited subset of such laws (the law of contract, for example, was omitted), the 'new' law and economics recognizes no such limitations on the domain of economic analysis of law ... The hallmark of the 'new' law and economics is the application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system, including the common law doctrines of negligence, contract and property; the theory and practice of punishment; civil, criminal, and administrative procedure; the theory of legislation and of rulemaking; and law and enforcement and judicial administration* »⁶². Autrement dit, la caractéristique fondamentale permettant la distinction se situe dans l'extension du paradigme de la rationalité économique au domaine non marchand. Cette transformation se retrouve au sein de l'évolution du mouvement *Law & Economics* à Chicago et a même été créée pour elle. En effet, comme nous l'avons déjà précisé, l'analyse économique du droit a des racines profondes qui ne s'arrêtent pas aux années 1930. La distinction opérée par Posner vise donc à expliquer la réelle nouveauté de l'analyse économique du droit sous sa forme moderne et le saut méthodologique qu'elle opère ; saut méthodologique rendu possible par les travaux de Becker⁶³ mais aussi par la formalisation de la problématique du choix rationnel et l'assimilation de cette formalisation dans le domaine de l'économie. Nous partageons cependant l'avis de Duxbury : « *the cut-off point between old and new law and economics, is by no means as distinct as is commonly believed. In fact, at Chicago during the mid-1940's, when "old" law and economics was just about beginning to unfold, the seeds of the "new" law and economics were also being planted* »⁶⁴. Ainsi, par exemple, il ne faudrait pas croire que la *old Law & Economics* a disparu.

Pour Coase, l'histoire – proche – de l'analyse économique du droit commence avec Henry Simons⁶⁵, premier économiste à appartenir au département de droit de l'université de Chicago en

⁶¹ Pour une explication plausible, voir Samuel Ferey, *Histoire et Fondements de l'Analyse Économique du Droit*, op cit

⁶² Richard Posner, *The Economic Approach to Law*, op cit, p 759.

⁶³ « *Indeed, I have come to the position that the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends* » Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 8

⁶⁴ Neil Duxbury, *Patters of American Jurisprudence*, op cit, pp 340-341.

⁶⁵ « *there is no question that Simons played a crucial role in establishing the law and economics program at the law School* », Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 242. Pour une courte biographie et l'apport de cet auteur, outre Coase, voir Edmund Kitch, Simons, Henry Calvert, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 3, pp 465-468.

1939. Son arrivée au département de droit relève du domaine de l'accidentel⁶⁶ mais il contribue, très certainement, au dialogue entre économistes et juristes. L'apport de Simons est double. D'une part, en enseignant la théorie du prix aux juristes, il éveille la curiosité de plusieurs d'entre eux, et il fait de même pour les économistes à l'égard du droit⁶⁷. Ce rôle reste cependant relativement peu important quantitativement, même si qualitativement il enclenche un mouvement. D'autre part, il contribue, avec Hayek⁶⁸, à l'arrivée de Aaron Director à la Chicago Law School.

Si Simons est un personnage relativement mineur pour l'émergence de l'analyse économique du droit, Director a eu une influence plus directe, voire cruciale⁶⁹, puisqu'il a créé le programme *Law & Economics* à Chicago. Cependant, il n'a pratiquement rien publié dans le domaine de l'analyse économique du droit⁷⁰.

Director, économiste de formation et libéral – tout comme Simons –, commence par dispenser un cours intitulé *Economic analysis and Public Policy*, cours assez similaire à un cours en microéconomie – Director va même tenter de faire rebaptiser son cours en *Economic Analysis*⁷¹. Rapidement, il est invité par Edward Levi pour collaborer à son séminaire touchant le droit de la concurrence : « *For four days Ed would do this [cours de droit de la concurrence], and for one day Director would tell us that everything that Levi had told us the preceding four days was nonsense. He used economic analysis to show us that the legal analysis simply would not stand up* »⁷². Le rôle décisif de Director peut alors se faire sentir. Liebler, ancien élève de Director et de Levi, précise, en se rappelant de ses enseignements, « *What had we learned when this process had been completed ? We learned that there was a system of analysis that (1) was quite relevant to the stuff we talked about in law school and (2) was much more powerful than anything that the law professors, than anything that Ed Levi had tell us* »⁷³. Le point le plus important de cette affirmation, pour notre thèse, se trouve dans la fascination pour l'outil

⁶⁶ Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 243.

⁶⁷ Edmund Kitch, *Simons, Henry Calvert*, op cit, p 465. Il ne faut donc pas sous estimer la force de la sérendipité pour le développement du droit.

⁶⁸ Director a eu un rôle clef dans la publication de *la Route de la Servitude* de Hayek.

⁶⁹ Ronald Coase, *Director, Aaron*, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 1, pp 601-604; Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 341; Edward Levi, *Aaron Director and the Study of Law and Economics*, 1966, *Journal of Law and Economics*, vol 9, pp 3-4

⁷⁰ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 342

⁷¹ Edmund Kitch, *The Fire of Truth*, op cit, p 181

⁷² Edmund Kitch, *The Fire of Truth*, op cit, p 183

⁷³ Edmund Kitch, *The Fire of Truth*, op cit p 183

économique appliqué au droit⁷⁴, notamment en raison de son caractère systématique. Nous reviendrons dans la suite de nos développements sur ce point⁷⁵. Director a donc eu un rôle majeur pour l'analyse économique du droit via ses enseignements. Il est aussi le premier éditeur du *Journal of Law and Economics* en 1958⁷⁶. Le résultat direct de cet enseignement a été la création d'un *Antitrust Project* duquel émergera, progressivement, l'analyse économique du droit⁷⁷.

Les fondateurs de l'analyse économique du droit moderne sont Ronald Coase, Guido Calabresi, Henry Manne et Richard Posner⁷⁸. L'histoire retient principalement Coase, Calabresi et Posner, l'apport de Manne étant plus difficile à identifier. Pour Macey, ce dernier a contribué au mouvement sous trois formes : (1) il est l'un des premiers à avoir analysé les domaines de la « *corporate law and securities regulation* » ; (2) il est à l'origine de la création d'un centre d'analyse économique du droit à l'université de Miami ; enfin (3) il a contribué à faire de l'université de George Mason un pôle important pour l'analyse économique du droit⁷⁹. Si cet apport est important, il est difficile de le comparer à ceux de Coase, Calabresi et Posner.

Coase est à l'origine d'un des piliers de l'analyse économique du droit à travers son fameux théorème⁸⁰ et la publication de son article « *The Problem of Social Cost* » en 1960⁸¹. Dans cet article, Coase étend au droit son analyse en termes de coûts de transaction⁸² initiée dans « *The Nature of*

⁷⁴ la supériorité supposée de la méthode économique est aussi mentionnée par Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 247. Duxbury tente d'expliquer les raisons qui ont rendu les arguments de Director aussi convaincants (*Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 344). L'une des raisons avancée est que l'analyse économique du droit est assez facile à comprendre. Notre propre conception est plus nuancée. L'abstraction du raisonnement juridique est une condition de son « efficacité ».

⁷⁵ Voir le chapitre 2, titre 2, partie 1 ; et l'ensemble de la partie 2.

⁷⁶ Sur l'influence de Director dans le domaine des antitrust, voir Sam Peltzman, *Aaron Director's influence on Antitrust Policy*, 2005, *Journal of Law and Economics*, vol 48, pp 313-330.

⁷⁷ Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 247

⁷⁸ Cette distinction leur a été « décernée » par l'American Law and Economic Association en 1991.

⁷⁹ Jonathan Macey, Manne, Henry Girard, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 2, pp 608-611, spécialement pp 608-609.

⁸⁰ Herbert Hovenkamp, *Law and Economics in the United States: a brief historical survey*, op cit, p 335; Le rôle fondamental du théorème est aussi mentionné par Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 836-892, spécialement p 836; la bibliographie présente en fin d'article est le reflet de la vaste littérature touchant le sujet.. Précisons d'ailleurs que le théorème de Coase est énoncé par Stigler (George Stigler, *The Theory of Price*, 1966, 3^e édition, Macmillan, New York, 355 pages, p 113).

⁸¹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 1960, *Journal of Law and Economics*, vol 3, pp 1-44.

⁸² La notion de coûts de transaction est délicate à définir ; il s'agit des coûts engendrés par le recours au marché. Nous en proposerons une interprétation dans la suite de notre thèse. Pour une première présentation, voir Paul Milgrom et John

Firm »⁸³. L'analyse de Coase n'est pas radicalement originale ; Knight peut être considéré comme un pré-coasien⁸⁴.

Ce théorème fera l'objet d'un traitement tout particulier dans notre thèse⁸⁵. Pour notre propos, il suffit de noter, sans s'engager dans une réflexion critique, les deux résultats obtenus par Coase⁸⁶ et qui permettent une véritable entrée du droit dans le domaine économique⁸⁷ (et à partir de l'économie).

Le premier résultat de Coase est aussi appelé *hypothèse d'invariance* : en l'absence de coûts de transaction, l'allocation finale des ressources (et donc des droits) ne dépendra pas de la répartition initiale des droits de propriété (ce qui ne veut pas dire que la définition des droits de propriété est accessoire puisqu'elle rend possible le théorème. Nous nuancerons ce propos par la suite).

Le second résultat ou *hypothèse d'efficience* précise que, en l'absence de coûts de transaction, l'allocation finale des ressources (et donc des droits) sera efficiente⁸⁸. Autrement dit, et pour reprendre la formulation de Stigler, dans une situation de concurrence parfaite, les coûts sociaux et les coûts privés sont égaux⁸⁹. Les coûts de transaction n'étant jamais nuls, Coase réintroduit le droit comme problématique économique alors qu'il n'avait aucune intention de réaliser un article touchant le droit – il souhaitait juste critiquer l'approche pigouvienne du traitement économique des externalités⁹⁰.

Roberts, *Economie, Organisation et Management*, [1992] 1997, De Boeck Université et PUG, Bruxelles, 829 pages, spécialement pp 39-48

⁸³ Ronald Coase, *The Nature of The Firm*, 1937, *Economica*, vol 4, pp 386-405. Dans cet article, Coase démontre que la firme ne peut exister que s'il existe des coûts de transaction.

⁸⁴ Herbert Hovenkamp, *Law and Economics in the United States: a brief historical survey*, op cit, pp 336-337. Coase reconnaît d'ailleurs explicitement l'influence de Knight, Edmund Kitch, *The Fire of Truth : A remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op cit, p 215; Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 250.

⁸⁵ Partie 1, Titre 2, chapitre 1, section 1

⁸⁶ Lors de la parution de l'article, les résultats de Coase ont été critiqués. Pour l'histoire, on pourra se référer à Edmund Kitch, *The Fire of Truth*, op cit, p 221.

⁸⁷ Remarquons qu'il est possible de s'interroger sur la séparabilité des deux résultats.

⁸⁸ Ces deux résultats transparaissent parfois dans la même phrase: « *It is necessary to know whether the damaging -business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no marked transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost* ». Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 8

⁸⁹ George Stigler, *The Theory of Price*, op cit, p 113

⁹⁰ Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 251

Calabresi, contrairement à Manne, Coase et Posner, n'a aucun lien avec l'école de Chicago. Même s'il est intéressé par l'économie, il étudie le droit⁹¹. Calabresi a été l'un des premiers à étendre l'analyse économique en dehors du domaine du droit de la concurrence. En 1961, il propose une réflexion économique touchant le droit de la responsabilité et la répartition des risques⁹². Si l'article apparaît de nos jours sans innovation⁹³, il était révolutionnaire puisque, pour la première fois, il recodait le droit de la responsabilité des entreprises en termes économiques en s'intéressant, plus spécifiquement, à l'allocation des ressources. Pour Posner, cet article et celui de Coase marquent les débuts de l'analyse économique du droit sous sa forme moderne⁹⁴.

Calabresi étend ensuite son analyse dans « *The Costs of Accidents* »⁹⁵, livre central pour l'histoire de l'analyse économique du droit⁹⁶. Il y affirme notamment que « *Apart from the requirements of Justice, I take it as axiomatic that the principal function of accident law is to reduce the sum of the costs of accident and the cost of avoiding accidents* »⁹⁷. Si le livre peut prêter à de nombreuses interprétations, la force de Calabresi a été de démontrer la puissance de l'analyse économique pour rationaliser le droit de la responsabilité et proposer des modifications aux règles existantes⁹⁸.

Enfin, il faut signaler son article coécrit avec Melamed, « *Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral* »⁹⁹ dans lequel les auteurs lient le droit de la propriété et le droit de la responsabilité en les analysant comme des réponses juridiques au problème de la protection des droits ; décloisonnant par la même la séparation entre le droit de la propriété et le

⁹¹ Emily Sherwin, Calabresi, Guido, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 1, pp 199-201

⁹² Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 1961, *Yale Law Journal*, vol 70, pp 499-553

⁹³ Fred Shapiro, The Most-Cited Articles from The Yale Law Journal, 1991, *Yale Law Journal*, vol 100, pp 1449-1514, spécialement p 1482. La remarque est de Calabresi lui même.

⁹⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e édition, op cit, p 23

⁹⁵ Guido Calabresi, *The Costs of Accident*, 1970, Yale University Press, New Haven, 340 pages

⁹⁶ Keith Hylton, Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics, op cit, p 1

⁹⁷ Guido Calabresi, *The Costs of Accident*, op cit, p 26. L'idée d'un raisonnement par axiomatique est fondamentale dans la mesure où la validité des résultats peut dépendre d'une étude de la validité de cette axiomatique. Calabresi « joue » donc au jeu de l'économie mais il a conscience de ce qu'il fait.

⁹⁸ Nous partageons l'avis de Veljanovski (Cento Veljanovski, *The Economics of Law*, op cit, p 21). Le fait que Calabresi ait proposé des modifications a contribué à distinguer l'école de Chicago, positiviste, et l'école de New Haven ou Yale, normativiste.

⁹⁹ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, 1972, *Harvard Law Review*, vol 85, pp 1089-1128

droit de la responsabilité. En conclusion de cet article, Calabresi et Melamed ajoutent même que « *The framework we have employed may be applied in many different areas of the law* »¹⁰⁰.

« *In the development of the economic analysis of the law, or, as I would prefer to put it, of the legal system, Posner has clearly played the major role* »¹⁰¹. En effet, si l'analyse économique du droit était finalement lancée, principalement dans la communauté des économistes – sous le nom d'analyse des droits de propriété, terme qui disparaîtra par la suite¹⁰² et qu'on ne retrouve plus guère après 1973 –, il restait à convaincre les juristes. Posner¹⁰³ était convaincu de l'importance de l'outil économique pour analyser les questions juridiques¹⁰⁴ et souhaitait mettre cet outil à la portée des juristes.

Dans « *Economic Analysis of Law* », publié pour la première fois en 1973, il montre comment des concepts économiques simples permettent d'analyser pratiquement tous les domaines du droit ; du droit des contrats, à la notion de procès équitable, en passant par la procédure civile et les problèmes de discrimination. Dans ce traité apparaît, pour la première fois, la thèse de l'efficience de la *common law* et la portée du codage économique du droit. Posner créera parallèlement le *Journal of Legal Studies* en 1972, nouvel organe de diffusion de l'analyse économique du droit. L'œuvre de Posner fera l'objet d'une attention toute particulière dans notre thèse.

L'analyse économique du droit était née et ne demandait plus qu'à s'épanouir. Comme le note Cooter : « *Watching law respond to economic analysis is rather like watching an ecological system rearrange itself after the release of an exotic animal. Like rabbits in Australia, economists have discovered an unoccupied niche in the ecology, namely the absence of quantitative reasoning in law, and are moving quickly to fill it* »¹⁰⁵. Cette

¹⁰⁰ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, p 1128

¹⁰¹ Ronald Coase, Law and Economics at Chicago, op cit, p 251

¹⁰² Ejan Mackaay, History of Law and Economics, op cit, p 75; voir aussi pour une illustration des articles marquant de cette période, Armen Alchian, Some Economics of Property Rights, 1965 in Armen Alchian (ed), *Economic Forces at Work*, 1977, Liberty Fund, Indianapolis, 524 pages, pp 111-123; Armen Alchian and Harold Demsetz, The Property Rights Paradigm, 1973, *Journal of Economic History*, vol 33, pp 16-27; Harold Demsetz, Some Aspects of Property Rights, 1966, *Journal of Law and Economics*, vol 9, pp 61-70; Eirik Furubotn et Svetozar Pejovich, Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent of Recent Literature, 1972, *Journal of Economic Literature*, vol 10, pp 1137-1162; Eirik Furubotn et Svetozar Pejovich, *The Economics of Property Rights*, 1974, Ballinger Publishing, Cambridge, 369 pages (cet ouvrage rassemble les articles fondamentaux de ce domaine). Pour une analyse de cette période, en français, voir Samuel Ferey, *Histoire et Fondements de l'Analyse Economique du Droit*, op cit, pp 103-156

¹⁰³ Pour une notice biographique, voir David Friedman, Posner, Richard Allen, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 3, pp 55-62

¹⁰⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1^{er} édition, op cit, p 1

¹⁰⁵ Robert Cooter, Law and the Imperialism of Economics: an Introduction to Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books, 1981-1982, *UCLA Law Review*, vol 29, pp 1160-1169, spécialement p 1161

observation n'est cependant pas passive, si bien que la croyance dans la validité de la représentation ne fait que se renforcer. Nous montrerons qu'il est délicat de sortir du code pour en comprendre l'apport en termes de connaissances des phénomènes juridiques¹⁰⁶.

4. La place actuelle de l'analyse économique du droit

a. Malgré les critiques, nombreuses, qui ont pu être et qui sont encore adressées au mouvement, et des prédictions pessimistes quant à son futur développement¹⁰⁷, celui-ci constitue « *an enormous enlivening force in American legal thought* » et « *continues and remains the single most influential jurisprudential school in this country [les Etats-Unis]* »¹⁰⁸. La discipline est enseignée dans toutes les grandes universités américaines et des programmes de recherches sont associés à ces enseignements (notamment le fameux *John M. Olin Program in Law and Economics* qui se retrouvait dans des universités telles que Harvard, Chicago, Berkeley, Stanford, Yale, etc...) ¹⁰⁹; des professeurs d'économie font leur entrée dans les universités de droit et de nombreuses disciplines juridiques ne peuvent plus s'enseigner, aux Etats-Unis tout du moins, sans des références à l'analyse économique (il suffit de penser à la rupture efficiente en matière de contrat ou à la question de la négligence en matière de responsabilité). Certains auteurs parlent même d'une révolution dans l'enseignement du droit¹¹⁰. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité civile, George Priest fait remarquer, en 1992, que « *there are few articles within the last ten years and no articles of importance within the last five years written about modern tort law that have not addressed... this new approach to the law... This*

¹⁰⁶ Voir spécialement la seconde partie de cette thèse.

¹⁰⁷ « *I have the strong feeling that the economic analysis of law has « peaked out » as the latest fad in legal scholarship and that it will soon be treated by the historians of legal thought like the writings of Lasswell and McDougal. Future legal historians will need to exercise their imaginations to figure out why so many people could have taken most of this stuff so seriously* » Morton Horwitz, *Law and Economics: Science of Politics*, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 905-912, spécialement p 905. Voir aussi, Richard Epstein, *Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, *University of Chicago Law Review*, 1997, vol 64, pp 1167-1174.

¹⁰⁸ Posner cite assez régulièrement cette affirmation de Anthony Kronman car ce dernier est un opposant à l'analyse économique du droit (Anthony Kronman, *Remarks at the Second Driker Forum for Excellence in Law*, 1995, *Wayne Law Review*, vol 42, pp 115-160) par exemple Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e édition, 2003, Aspen Publishers, New York, 747 pages, spécialement p xix.

¹⁰⁹ Le programme a été lancé en 1985 à Harvard, en 1995 un Olin Center a été créé dans l'université. Le programme représentait, pour Harvard, une aide de 6 millions de dollars sur 4 ans en 1998 (*Olin gift expands law and economics at HLS*, *Harvard Law Bulletin*, summer 1998, <http://www.law.harvard.edu/alumni/bulletin/backissues/summer98/article7.html>). Il a été lancé en 1987 à Stanford. La fondation John Olin s'est dissoute en 2005. Les universités conservent généralement l'appellation de John Olin program in Law and Economics. Le positionnement politique de Olin a contribué à rendre suspecte l'analyse économique du droit sans un véritable examen de ses prétentions.

¹¹⁰ Nous retrouvons cette affirmation dans Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 2000, Addison-Wesley, New York, 545 pages, spécialement p ix

*trend is highly likely to continue for the future... [t]here is no future lawyer, no future academic, no future judge that can believe that one can adequately understand modern tort law without taking seriously the economic analysis of its effects*¹¹¹. Actuellement l'analyse économique du droit touche l'ensemble des disciplines juridiques¹¹². La Cour Suprême des Etats-Unis semble de plus en plus réceptive à ce type d'analyse¹¹³; Posner, Easterbrook et Calabresi exercent désormais les fonctions de juges¹¹⁴. La littérature dans le domaine est gigantesque¹¹⁵, et la discipline dispose de ses propres journaux¹¹⁶, de nombreux manuels et traités¹¹⁷, recueils¹¹⁸ et ouvrages de recherche¹¹⁹, et de trois importantes

¹¹¹ George Priest, The inevitability of tort reform, 1992, *Valparaiso University law review*, vol 26, pp 701-707, spécialement p 704.

¹¹² Le traité de Posner (Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e édition, op cit) illustre parfaitement l'extension du champ de l'analyse économique du droit. L'augmentation des thèmes traités entre la première et la 6^e édition est impressionnante. Le droit de la famille fait notamment l'objet de brefs développements (sur ce sujet, souvent considéré comme se trouvant à la limite du domaine de l'analyse économique du droit, on pourra aller voir : Avery Katz, *Foundations of The Economic Approach to Law*, op cit, pp 410-439 et Antony Dnes and Robert Rowthorn (eds), *Law and Economics of Marriage & Divorce*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 232 pages).

¹¹³ Frank Easterbrook, Foreword: The Court and the Economic System, 1984, *Harvard Law Review*, Vol 98, N° 1, pp 4-60

¹¹⁴ Il nous semble cependant difficile d'évaluer l'utilisation des théories économiques dans la jurisprudence de ces juges, surtout lorsque celle-ci n'est pas explicite. Nous n'aurons pas la possibilité de développer plus avant ces questions. Le premier titre de notre seconde partie interrogera cependant la méthode d'approche de l'analyse économique du droit.

¹¹⁵ Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes. Cette encyclopédie propose de très nombreuses références et se veut aussi un travail bibliographique (voir l'introduction de l'encyclopédie). Nous y retrouvons ainsi la liste des ouvrages introductifs au mouvement, les thèses touchant l'analyse économique du droit, etc. ; nous ne mentionnerons donc ici que les ouvrages les plus importants.

¹¹⁶ Journal of Law and Economics, Journal of Legal Studies, Journal of Law, Economics & Organization, Public Choice, International Review of Law and Economics, European Journal of Law and Economics, Research in Law and Economics, pour ne citer que les plus connus. La dernière revue en date, à notre connaissance, est la Review of Law and Economics.

¹¹⁷ Par exemple (et pour ne retenir que ce qu'il est convenu d'appeler des ouvrages de référence), Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, op cit ; Jeffrey Harrison et Jules Theeuwes, *Law and Economics*, 2008, W.W. Norton & Company, New York, 552 pages; Thomas Miceli, *Economic Approach to Law*, op cit ; Werner Hirsch, *Law and Economics*, op cit ; Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 1983, Little, Brown and Company, Boston, 138 pages (la dernière édition date de 2003) ; Eric Posner (ed), *Chicago Lectures in Law and Economics*, 2000, Foundations Press, New York, 251 pages; Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, op cit; Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit. Signalons aussi l'existence d'un véritable manuel (à la limite du traité) en français, Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse Economique du Droit*, 2008, Dalloz Sirey, Paris, 723 pages

¹¹⁸ Par exemple, et en ne citant que les recueils généraux, Coleman & Lange (eds), *Law and Economics*, op cit; Richard Posner et Francesco Parisi, *Law and Economics*, 1997, International Library of Critical Writings in Economics, Edward Elgar pub, Northampton, 3 tomes; Jenny Wahl, *Law and Economics*, 1998, Garland Publishing, New York, 3 tomes; Donald Wittman, *An Economic Analysis of Law*, Selected readings, 2002, Blackwell Publishing, Padstow, 352 pages; Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, op cit; Eric Posner, *Law and Economics*, 2001, International Library of Essays in Law and Legal Theory, Ashgate Publishing, London, 540 pages; Kenneth Dau-Schmidt et Thomas Ulen, *Law and Economics Anthology*, 1997, Anderson Publishing Company, Cincinnati, 561 pages; Nicholas Mercuro (ed), *Law and Economics*, 2007, Routledge, Londres, 5 volumes, 2000 pages.

encyclopédies¹²⁰. Posner et Landes iront même jusqu'à faire une analyse quantitative de l'impact de l'analyse économique sur le droit¹²¹.

b. Outre les Etats-Unis, l'analyse économique du droit s'est étendue en Europe¹²² qui dispose, elle aussi, d'une *European association of Law & Economics* depuis 1984 (qui compte aujourd'hui 325 membres¹²³), d'un master en Law & Economics¹²⁴ depuis 1990 et, plus récemment, d'un doctorat européen en Law & Economics¹²⁵. Il n'existe toujours pas, à notre connaissance, de Master juridique français centré sur ce type d'analyse.

La France commence lentement à se tourner vers ce type d'analyse. Plusieurs universités de droit proposent des cours introductifs à l'analyse économique du droit –uniquement au niveau du Master – et un programme de recherche sur l'attractivité économique du droit a été lancé¹²⁶. La recherche universitaire reste pourtant l'apanage des économistes et il ne fait aucun doute que la France connaît un retard important dans ce domaine, essentiellement au sein de la communauté des juristes¹²⁷. Reconnaissons cependant que Ghestin, dans son traité de droit civil, fait mention

¹¹⁹ Ces ouvrages seront cités selon nos besoins dans la suite de notre thèse.

¹²⁰ Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit ; Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit ; Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages (hors index). Citons enfin la quatrième encyclopédie mais beaucoup moins importante Jürgen Backhaus, *The Elgar Companion to Law and Economics*, op cit.

¹²¹ William Landes et Richard Posner, The influence of Economics on Law: a quantitative study, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp 385-424

¹²² Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1. La première partie du volume est consacrée au panorama de l'impact de l'analyse économique du droit dans les différents Etats de l'Europe. Nous aurons l'occasion de donner des références plus précises sur l'impact de l'analyse économique du droit dans les différents pays occidentaux (Partie 2, titre 1, chapitre 1).

¹²³ Voir le site de l'association : <http://law.haifa.ac.il/eale/site/>

¹²⁴ voir la page du master : http://www.emle.org/index_org.html; Ce master rassemble les universités de Bologne, Hambourg, Rotterdam, Ghent, Aix en Provence, Haïfa, Madrid, Manchester, Berkley, Vienne, et Linköping/Stockholm.

¹²⁵ voir la page du doctorat: <http://edle.economia.unibo.it/index.html>

¹²⁶ Si ce programme vise plus spécifiquement la question de l'évaluation de l'attractivité du droit, il contribue à rapprocher juristes et économistes. Le programme est dirigé par Bertrand du Marais.

¹²⁷ Lionel Montagné précise ainsi qu'aucun travail de recherche dans le domaine n'avait été effectué par les juristes, même si certains auteurs y font mention ou utilisent implicitement ce type d'analyse (Lionel Montagné, *Law and Economics in France*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 150-159, spécialement p 151). La notice bibliographique à la fin de son article rassemble de nombreux articles et ouvrages touchant, de près ou de loin, l'analyse économique du droit en France. Les choses ont cependant évolué et les juristes semblent s'intéresser de plus en plus à l'analyse

de l'analyse économique droit¹²⁸ ainsi que Cabrillac dans son *Introduction au droit*¹²⁹ ou que Terré ou Carbonnier (les références sont cependant très marginales et souvent lacunaires¹³⁰). Bertrand du Marais utilise plus directement les outils de l'analyse économique du droit¹³¹ sans que son manuel puisse être considéré comme une analyse économique du droit. Une collection chez LGDJ concerne spécifiquement les relations entre le droit et l'économie¹³². Bruylant a fait de même en 2009¹³³. Actuellement l'analyse économique du droit appliquée au droit français fait l'objet de plusieurs ouvrages¹³⁴, écrits principalement par des économistes (souvent étrangers), et des thèses touchant explicitement le domaine ont été publiées¹³⁵.

économique du droit, même si aucun juriste n'est spécifiquement considéré comme un spécialiste de l'analyse économique du droit. Ils n'ont, au mieux, qu'un intérêt pour ces méthodes.

¹²⁸ Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, 1994, LGDJ, Paris, 891 pages, pp 84-85.

¹²⁹ Remy Cabrillac, *Introduction Générale au Droit*, 1995, Dalloz, Paris, 215 pages, p 23

¹³⁰ François Terré, *Introduction Générale au Droit*, 2003, 6^e, Dalloz, Paris, 609 pages, pp 368-369 (le paragraphe est loin de rentrer dans les détails) ; Jean Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, 1997, 25^e, PUF, Paris, 350 pages, p 65. L'analyse économique du droit reste largement ignorée dans la plupart des manuels et les références précises sont, pour le moins, extrêmement rares.

¹³¹ Bertrand du Marais, *Droit Public de la Régulation Economique*, 2004, Presses de sciences po et Dalloz, 602 pages, spécialement chapitre 2.

¹³² La collection compte, en juillet 2009, 14 ouvrages publiés (tous à partir de 2005).

¹³³ Le premier ouvrage publié dans la collection droit et économie est celui de Samuel Ferey (Samuel Ferey, *Une Histoire de l'Analyse Economique du Droit, Calcul Rationnel et Interprétation du Droit*, op cit).

¹³⁴ Notamment, et outre les ouvrages publiés chez LGDJ, Anthony Ogus et Michael Faure, *Economie du droit: le cas français*, op cit ; Bruno Deffains (ed), *L'Analyse Economique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, 2002, Cujas, Paris, 396 pages. La littérature française reste cependant peu importante. Parmi les titres les plus intéressants : Collectif, *Archives de Philosophie du Droit*, tome 37, Droit et Economie, 1992, Sirey, Paris, 430 pages ; Thierry Kirat, *Economie du Droit*, 1999, La Découverte, Paris, 122 pages ; Philippe Simonnot, *Economie du Droit*, op cit ; Ejan Mackaay, *L'Analyse Economique du Droit, Tome 1 : Les fondements*, 2000, Thémis, Montréal, 253 pages ; Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse Economique du Droit* ; Sophie Harnay et Alain Marciano, Posner, *L'Analyse Economique du Droit*, op cit ; Bertrand Lemennicier, *Economie du Droit*, 1991, Cujas, Paris, 180 pages ; Collectif, *Les Petites Affiches, L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche*, 2005, n°99, 95 pages. Un ouvrage de synthèse dirigé par Bruno Deffains et Eric Langlais est prévu pour la fin de l'année 2009 chez De Boeck Université (Bruno Deffains et Eric Langlais, *Analyse Economique du Droit, Principes, Méthodes, Résultats*, 2009, De Boeck Université, Bruxelles, 407 pages)

¹³⁵ Par exemple, Grégory Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, 2005, LGDJ, Paris, 315 pages ; Muriel Fabre-Magnan, *L'Obligation d'Information dans les Contrats – Essai d'une Théorie*, 1992, LGDJ, Paris, 596 pages ; Guillaume Royer, *L'Effizienz en Droit Pénal Economique, Etudes de Droit Positif à la Lumière de l'Analyse Economique du Droit*, 2009, LGDJ, Paris, 542 pages ; Anne-Lise Sibony, *Le Juge et le Raisonnement Economique en Droit de la Concurrence*, 2008, LGDJ, Paris, 905 pages. Le fichier central des thèses indique que 12 thèses en préparation mentionnent l'idée d'analyse économique du droit dans leur titre (dont 5 ont été entamées en 2007-2008). La première thèse française relative à l'analyse économique du droit est, à notre connaissance, celle de Elisabeth Krecké (Elisabeth Krecké, *Le Critère d'Effizienz dans l'Analyse Economique du Droit*, 1993, Thèse d'économie, Université Aix Marseille III, 338 pages)

Les raisons du désintérêt des juristes français pour l'analyse économique du droit sont assez difficiles à expliquer précisément, même si plusieurs facteurs peuvent en rendre compte¹³⁶. Lionel Montagnié mentionne trois raisons subjectives (la séparation académique des disciplines du droit et de l'économie, l'assimilation entre l'analyse économique du droit et l'approche utilitariste, la méconnaissance du domaine) et une raison objective (la difficulté à accepter une analyse unique pour traiter le droit des personnes et le droit des choses)¹³⁷. Toutes ces raisons sont liées à une incompréhension, à des aprioris et à une méconnaissance des techniques et du vocabulaire. Pour lui « *the lack of communication and the existence of prejudices are regrettable stumbling blocks to the development of law and economics in France* »¹³⁸. Pour Jamin, « *ce qui empêche en définitive l'analyse économique du droit de s'imposer, c'est donc bien une très ancienne tradition dogmatique qui privilégie l'étude des textes, mais aussi un vieux fonds moraliste qui n'a jamais été favorable à l'économie* »¹³⁹. Il va même jusqu'à avancer l'idée que « *la majorité des juristes français entendent rester ignorants de l'analyse économique du droit* »¹⁴⁰ trop souvent associée à une idéologie libérale¹⁴¹. L'absence de traduction des travaux, majoritairement en langue anglaise, contribue, elle aussi, à rebuter le juriste français. Ces explications peuvent finalement se résumer à une seule : l'ignorance, plus ou moins grande, volontaire ou non, des outils de l'analyse économique du droit et de son codage¹⁴² (mais aussi de ses prétentions).

Cette ignorance est bien surprenante au regard de l'histoire. Ainsi, s'il est vrai que le discours entre juriste et économiste en France a été largement empêché par l'apparition du code civil et de la méthode exégétique, la faculté de droit a commencé à s'ouvrir aux économistes dès les années 1860. Une chaire d'économie politique sera créée en 1864 à la faculté de droit de Paris et, en 1877, l'économie politique fait officiellement partie du programme de deuxième année de Licence en

¹³⁶ Nous présenterons des éléments plus précis sur les raisons qui peuvent expliquer l'utilisation de l'analyse économique du droit dans les différents systèmes juridiques (partie 2, titre 1, chapitre 1, section 2).

¹³⁷ Lionel Montagnié, *Law and Economics in France*, op cit, p 53.

¹³⁸ Lionel Montagnié, *Law and Economics in France*, op cit, p 54

¹³⁹ Christophe Jamin, *Economie et Droit*, op cit, p 580

¹⁴⁰ Christophe Jamin, *Economie et Droit*, p 580

¹⁴¹ Christophe Jamin, *Economie et Droit*, p 578

¹⁴² Outre Lionel Montagnié et Jamin, on pourra se reporter à Horatia Muir-Watt, *Les Forces de Résistance à l'Analyse Economique du Droit dans le Droit Civil*, in Bruno Deffains, *L'Analyse Economique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, op cit, pp 37-45 ; Marie-Anne Frison-Roche, *L'Intérêt pour le Système Juridique de l'Analyse Economique du Droit*, in Collectif, *Les Petites Affiches*, *L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche*, 2005, n°99, 95 pages, pp 15-22 ; Arnaud Raynouard, *Faut-Il Avoir Recours à l'Analyse Economique du Droit (AED) pour Assurer l'Efficacité Economique du Droit ?*, op cit, pp 2515-2518 ; voir aussi la première partie de l'article de Catherine Valcke, *Efficiency and French Law*, 2009, 16 pages, disponible sur http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Valcke.pdf. Des explications plus précises apparaîtront dans le premier chapitre du titre 1 de la partie 2. Nous n'avons ainsi pas mentionné l'écologie du système.

Droit¹⁴³. En 1880, l'académie des sciences morales et politiques a même proposé, comme sujet pour l'obtention du prix Wolowski, une étude des rapports entre le droit et l'économie politique. La question a été remise au concours en 1884 et le prix a été remporté par Alfred Jourdan¹⁴⁴. Du coté des économistes, la société d'économie politique a invité à réfléchir sur la question de savoir si le droit de propriété est mieux fondé sur l'éthique ou sur l'utilité. Dupuit et Courcelle-Seneuil mettront en avant le rôle de l'utilité, contrairement à la très grande majorité de leurs collègues¹⁴⁵, en justifiant la propriété par la meilleure allocation des ressources favorisant une utilisation efficace¹⁴⁶. Pour eux, le droit sert l'utilité sociale¹⁴⁷, position peu différente des tenants actuels de l'analyse économique du droit.

Sur le plan institutionnel, un débat plus poussé entre juristes et économistes aurait pu avoir lieu en France, et faciliter la réception de l'analyse économique du droit. L'économie politique reste cependant trop abstraite pour se constituer en codage alternatif des questions juridiques. En 1896, Saleilles note ainsi que « *l'économie politique, telle qu'on la comprend en France, se cantonne beaucoup trop, à mon sentiment, dans les théories générales ; il faudrait, pour nos juristes, qu'elle descendit un peu de ces sommets fort ennuagés, qu'elle se transformât en économie privée et nous aidât à établir judicieusement la balance des intérêts particuliers d'après un criterium décisif* »¹⁴⁸.

Malgré cette « descente » de la microéconomie, l'utilisation des concepts économiques par le juriste français reste très partielle, et le plus souvent limitée aux droits ayant un impact direct sur l'économie – droit de la concurrence notamment –, même si l'école du droit libre de Gény aurait pu pousser plus avant les liens entre économie et droit. Le positivisme juridique – qui ne s'oppose pas à l'analyse économique du droit¹⁴⁹ – en recentrant l'étude du droit sur la forme, a peut-être contribué à l'absence d'un dialogue plus abouti entre juristes et économistes français¹⁵⁰, ces

¹⁴³ Christophe Jamin, *Droit et Economie*, op cit, p 578

¹⁴⁴ Alfred Jourdan, *Droit & Economie politique*, 1885, Arthur Rousseau, Paris, 294 pages

¹⁴⁵ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics, the economist's new science of law 1830-1930*, 2005, Cambridge University Press, Cambridge, 212 pages, spécialement p 25

¹⁴⁶ Jean Gustave Courcelle-Seuneil, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, Librairie Guillaumin et Cie, Paris, 499 pages, spécialement p 274. D'une manière générale, une forme d'analyse économique est présente dans son ouvrage.

¹⁴⁷ Heath Pearson, *Origins of Law and Economics*, op cit, p 26

¹⁴⁸ Cité par Christophe Jamin, *Droit et Economie*, op cit, pp 578-579

¹⁴⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, op cit, pp 250-291. Nous reviendrons sur cette question dans la suite de nos développements.

¹⁵⁰ Sur ce point, Christophe Jamin, *Que Répondre à Eric Brousseau? (Je n'ai Presque Rien à Dire à un Economiste)*, in Collectif, *Les Petites Affiches, L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche*, op cit, pp 54-59, spécialement « *A mon sens aucune, car le droit ne fournit, sur un plan substantiel, aucune solution qui serait meilleure qu'une autre, ou plus vraie que les autres. Toutes les*

derniers s'intéressant plus à l'adéquation de la règle avec son ou ses objectifs. Il ne faut pas non plus négliger, en sens inverse, que l'économie, en se constituant en science, s'est moins concentrée sur les questions légales qui ne faisaient, désormais, plus véritablement partie du champ d'étude¹⁵¹. Elle n'a pu les redécouvrir qu'avec le développement de ses outils.

5. Intérêt et Objet de la thèse

Actuellement, il nous semble difficile pour un juriste – même français – d'ignorer l'analyse économique du droit¹⁵². Les universités de droit ont d'ailleurs commencé à introduire des cours introductifs à cette analyse. Au moins quatre raisons militent en faveur d'une intégration plus importante de celle-ci au sein des universités et de la communauté des juristes.

Tout d'abord, sur un plan pratique, l'ignorance de ce type d'analyse pourrait handicaper la communication du juriste français avec ses homologues Américains, Canadiens, Allemands, Hollandais, Italiens et même Belges. Elle limitera aussi la compréhension des règles juridiques étrangères « efficaces » qui deviendront plus délicates à intégrer dans le droit national. Elle réduira enfin les capacités d'analyse et de comparaison des législations étrangères sur des bases communes.

Parallèlement, il deviendra plus difficile au juriste français d'expliquer ses choix de législation – du service public à la française au niveau de l'Union européenne par exemple, au droit du travail, en passant par le droit des contrats et de la responsabilité – notamment lorsqu'ils font l'objet d'une critique fondée sur une analyse économique du droit. Le programme sur l'attractivité économique du droit est d'ailleurs né de la nécessité de répondre aux critiques formulées par les rapports « *Doing Business* ».

Ensuite, cette analyse pourrait aider à la diminution des coûts de la justice. En effet, puisqu'elle se focalise sur un calcul coûts / bénéfices, peut-être permettra-t-elle de cibler certaines règles ou certaines procédures inefficaces. Même si l'analyse économique ne donne pas directement les solutions, elle peut conduire à en trouver.

solutions sont possibles et envisageables, pourvu qu'elles soient valides », p 54 ; voir aussi Bertrand Lemennicier, *Economie du Droit*, op cit, p 25 : « en ce sens, les économistes sont plus juristes que certains juristes eux même qui ont cessé, sous prétexte d'objectivité, de réfléchir aux normes elles-mêmes à la suite de l'influence de Kelsen ».

¹⁵¹ Cento Veljanovski, *The Economics of Law*, op cit, spécialement p 17

¹⁵² E. Mackaay, Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?, 1987, *Revue de recherche juridique*, pp 419-427 ; voir aussi Anthony Ogus, What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics, op cit

Enfin, sur un plan purement théorique et peut-être un peu trivial, tout nouveau point de vue peut se révéler intéressant pour appréhender les phénomènes juridiques en nous incitant au questionnement. Les chercheurs, les juges et les avocats pourraient bénéficier d'une meilleure compréhension des outils économiques dans une optique herméneutique ou heuristique ou simplement dans une logique d'abduction. Il n'est déjà pas rare d'utiliser la sociologie, la psychologie, l'histoire ou la philosophie pour monter une plaidoirie ou créer de nouvelles théories (le droit doit sortir du droit pour effectuer ses mutations). L'essor de l'analyse économique du droit dans les autres pays pourrait traduire son intérêt théorique potentiel pour un juriste. Autrement dit, pour des raisons de simple adaptabilité, il ne faudrait pas négliger cette approche.

Dans le même sens, l'analyse économique du droit pourrait conduire le juriste à analyser plus intensément le sens des règles et l'adéquation des objectifs du droit avec les règles en place¹⁵³. Autrement dit, elle permettrait au juriste de mieux comprendre l'impact politique et économique des décisions prises, parallèlement à une approche positiviste des règles juridiques, affinant et explicitant ses intuitions. Dans le cas du droit constitutionnel, par exemple, l'école du *Public Choice* se révèle tout à fait éclairante sur les problèmes liés aux votes, aux coalitions, etc¹⁵⁴.

Certains radicaux pensent même que l'analyse économique du droit pourrait accomplir dans le domaine des sciences humaines ce que Newton avait réalisé dans le domaine de la physique¹⁵⁵ : trouver un principe régissant les comportements des individus afin de mieux maîtriser l'environnement humain. Nous ne partageons pas cette conception pour des raisons qui apparaîtront clairement dans nos développements.

Cette meilleure compréhension permettrait d'élaborer des règles juridiques plus pertinentes. La connaissance des motivations humaines conduirait à créer un droit plus cohérent sur le plan des

¹⁵³ Marie-Anne Frison-Roche (L'Intérêt pour le Système Juridique de l'Analyse Economique du Droit, op cit, p 18) mentionne une idée similaire : « *En effet, en obligeant les auteurs du droit à expliciter les buts qu'ils poursuivent en utilisant leur pouvoir normatif, recoupant ainsi l'obligation du juge de motiver sa décision mais imposant un semblable processus pour les acteurs juridiques souverains, tels le législateur ou les contractants, l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme* ». L'auteur fait aussi le lien avec l'idéal démocratique « *La nécessité d'une explicitation des buts poursuivis rejoint l'idéal démocratique, selon lequel la démocratie requiert une discussion autour de ces fins, discussion ainsi favorisée par l'analyse économique du droit* » (ibid).

¹⁵⁴ Pour un aperçu des analyses dans ce domaine, on pourra se reporter à Denis Mueller, *Public Choice III*, 2003, Cambridge University Press, Cambridge, 768 pages. Voir aussi Richard Posner, *The Constitution as an Economic Document, 1987-1988*, *George Washington Law Review*, vol 56, pp 4-38

¹⁵⁵ Voir pour l'économie en général Deborah Redman, *The Rise of Political Economy as a Science*, op cit; pour l'analyse économique du droit, Nicholas Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics*, 2005, Cambridge University Press, Cambridge, 378 pages, spécialement pp 3-7 ; Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er} édition, 1988, HarperCollins Publishers, New York, 644 pages, spécialement p 8 « *the technical superiority of economics makes its spread, just as Newtonian mechanics spread into economics* »

incitations et donc plus efficient. En introduisant des méthodes économiques dans la décision juridique, il serait possible d'atteindre une meilleure précision dans les raisonnements et *in fine* de meilleures règles, qu'elles soient d'origine jurisprudentielle ou législative. Posner considère ainsi que la méthode économique est « supérieure » aux méthodes classiques du droit¹⁵⁶ et même que « ... *it [l'entreprise de l'analyse économique du droit] epitomizes the operation in law of the ethic of scientific inquiry, pragmatically understood. Far from being reductionist, as its detractors believe, economics is the instrumental science par excellence* »¹⁵⁷ ; Kaplow et Shavell tenteront de démontrer que le raisonnement économique permet d'englober les différentes conceptions de la justice existantes¹⁵⁸. Dans le même sens Georgakopoulos écrit, certainement de façon trop enthousiaste, que « *To its users, economic analysis of law is the greatest innovation in legal thinking at least since the code of Hammurabi – since the very idea of having laws. [...] Law and Economics presents a methodology that its users believe overcomes the limitations of less quantitative approaches to law, mainly those associated with moral philosophy or political theory* »¹⁵⁹. Pour d'autres auteurs l'analyse économique du droit ne constituerait pas le seul paramètre à prendre en compte dans les décisions mais un paramètre à ne pas négliger¹⁶⁰. Les auteurs du mouvement *Law & Economics* souhaiteraient, en utilisant la logique économique, constituer une science, plus ou moins globale, de la substance du droit, les aspects formels du système juridique faisant peu l'objet d'analyses rigoureuses comme nous aurons l'occasion de le démontrer.

L'adoption du code économique pour structurer le droit n'est pas sans poser de difficultés. Il faut se souvenir de l'avertissement de Jeffrey Harrison : « ... *it is precisely when economics is applied to law that one must be mindful of what economics can and can not do* »¹⁶¹. Une telle utilisation ne risque-t-elle

¹⁵⁶ Sur ce point, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit; Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit. Ces deux livres sont consacrés presque entièrement à ces questions. Certains autres livres de Posner touchent la question de façon périphérique (*Overcoming Law*, op cit ; *The Frontiers of Legal Theory*, op cit, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit).

¹⁵⁷ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 15

¹⁵⁸ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, 2002, Harvard University Press, Cambridge, 574 pages.

¹⁵⁹ Nicholas Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics*, p 3

¹⁶⁰ Par exemple, Guido Calabresi, About Law and Economics : A Letter to Ronald Dworkin, 1980, Hofstra Law Review, vol 8, pp 552-562, p 561 « *I find it hard to explain judicial behaviour in America simply in terms of wealth maximization... The policies are based, and again I am guessing, on that mixture of efficiency and distribution that in the particular context is thought by the court to be instrumental toward justice and, in particular, does not violate any fairly precisely defined rights or veto points* ». Richard Posner, *Economic Analysis of law*, 1er édition, op cit, p 6 fait une réflexion similaire : « ... *the economist is not the ultimate arbiter of social choice* ».

¹⁶¹ Jeffrey Harrison, *Law and Economics*, 2003, Thomson West, Saint Paul, 381 pages, p V. Ces limitations ne sont cependant pas précisées par l'auteur.

pas, à terme, d'avoir des conséquences désastreuses liées à la foi dans le raisonnement économique¹⁶² ? Ne risque-t-elle pas de faire disparaître, par son codage, certains concepts, voire même l'idée de droit ? Le modèle de rationalité utilisé ne conduit-il pas, par exemple, à faire disparaître l'aspect normatif du droit ? Autrement dit, accepter l'analyse économique du droit n'est-ce pas faire entrer le loup dans la bergerie ?

Comme nous le rappelle Mackaay, « reconnaître le danger d'un emprunt aux sciences sociales ne veut pas dire y renoncer »¹⁶³. Il ne s'agit pas d'adopter cette nouvelle méthode sans un recul critique, surtout lorsqu'il s'agit de l'économie. Notre thèse cherchera à expliciter ces limites et la nécessité d'un tel recul. Sur ce point, nous ne pouvons que citer Knight qui écrivait en 1933 : « *It is somewhat unusual to begin the treatment of a subject with a warning against attaching too much importance to it; but in the case of economics, such an injunction is quite as much needed as explanation and emphasis of the importance it really has. It is characteristic of the age in which we live to think too much in terms of economics, to see things too predominantly in their economic aspect; and this is especially true of the American people. There is no more important prerequisite to clear thinking in regard to economics itself than is recognition of its limited place among human interests at large* »¹⁶⁴. C'est cette conception que nous allons ici développer.

La meilleure façon de critiquer n'est certainement pas d'écarter l'analyse économique du droit d'un revers de la main, ou d'utiliser un paradigme totalement étranger sans même le préciser. Cooter remarque ainsi que « *lawyers are fond of trying to refute the economic analysis of law without going through the intermediate step of understanding it, e.g. "it is just utilitarianism, all over again"* »¹⁶⁵. Il faut plutôt chercher à comprendre la logique profonde du raisonnement puis essayer de la dépasser en l'intégrant à nos propres réflexions. Nous ferons notre la formule de Millard qui, en évoquant la place de l'analyse économique du droit dans le raisonnement juridique, évoque « *un usage qui tient compte de l'analyse économique du droit mais qui la dépasse* »¹⁶⁶. Il s'agit là du point central de notre

¹⁶² Mitchell Polinsky fait ainsi remarquer que « *Because Posner does not make the limitation of the paradigm sufficiently explicit, readers not fully aware of them may accept his conclusions uncritically or may extrapolate his theory to draw conclusions unwarranted in reality* » (Mitchell Polinsky, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product, a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 1974, *Harvard Law Review*, vol 87, pp 1655-1681, spécialement p 1680). Voir aussi Ejan Mackaay, *L'Analyse Economique du Droit*, op cit, pp 6-7

¹⁶³ Ejan Mackaay, *L'Analyse Economique du Droit*, op cit, p 7

¹⁶⁴ Frank Knight, *The Economic Organization*, [1933] 1951, Augustus M. Kelley, New York, 179 pages, spécialement p 3

¹⁶⁵ Robert Cooter, *Law and the Imperialism of Economics: an Introduction to Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books*, op cit, p 1261

¹⁶⁶ Eric Millard, *L'Analyse Economique du Droit, Un Regard Empiriste Critique*, 2008, *Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de Méthodologie n°22, pp 2523-2528, p 2528.

thèse : en éclairant le positionnement de l'approche, la réintégration des intuitions de ce type d'analyse est possible dans la réflexion juridique.

Sans maîtrise de l'analyse économique du droit et de ses concepts, il est impossible de pouvoir en faire une critique constructive et de dégager son intérêt pour le juriste. C'est dans cet esprit que cette thèse est construite et que nous souhaitons interroger les fondements épistémologiques de ce type de raisonnement. En effet, comprendre les concepts de l'analyse économique ainsi que leurs fondements permet de dégager son domaine de validité et la portée de ses raisonnements et analyses. *La question qui guidera nos recherches sera celle de l'intérêt du codage économique du droit pour le juriste par l'analyse des fondements épistémologiques de celle-ci.*

Originellement, le terme d'épistémologie provient de la composition de deux mots grecs *épistémè* (la science, la connaissance ; cette notion ne renvoyait pas aux sciences sociales) et *logos* (le discours). Elle correspond donc au discours sur la connaissance scientifique. Le terme est actuellement utilisé pour désigner l'étude critique des sciences ou la philosophie des sciences.

Nous présenterons ici une étude critique des connaissances proposées par l'analyse économique du droit à partir de sa mise en évidence comme code puis de la déconstruction de celui-ci. Nous nous intéresserons spécifiquement à ses fondements épistémologiques¹⁶⁷ qui, seuls, permettent de considérer qu'une analyse codée constitue une « connaissance » (dont il faudra qualifier la validité) plus qu'un résultat strictement analytique. Nous ne réaliserons pas une étude historique permettant de comprendre le développement des fondements de la connaissance économique du droit. Nous analyserons uniquement la démarche constituée.

Si nous parlons de déconstruction, notre travail ne s'assimilera pas à un postmodernisme du type *Critical Legal Studies* – mouvement qui s'est créé par opposition à l'analyse économique du droit –, même si certains de nos résultats s'en rapprocheront. Nous utilisons la notion de déconstruction pour signifier que nous voulons interroger les fondements du raisonnement économique en droit.

Ce travail n'a jamais, à notre connaissance, fait l'objet d'une étude approfondie et rares sont les auteurs à expliquer et à justifier leur méthodologie¹⁶⁸. Ceci est évidemment dommageable dans la

¹⁶⁷ A la fois au sens de l'épistémologie des fondements (de la structure de base) et d'épistémologie de la méthode (mise en œuvre des fondements pour saisir la connaissance).

¹⁶⁸ L'exception notable est certainement Richard Posner qui, dans ses nombreuses publications fait preuve d'une certaine conscience méthodologique et nous laisse entrevoir la réelle place de l'analyse économique du droit. Voir notamment : Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999, Harvard University Press, Cambridge, 320 pages; Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit; Richard Posner, *Law Pragmatism and Democracy*, op cit; Richard Posner, *The Frontiers of Legal Theory*, op cit; Richard Posner, *Overcoming Law*, 1995, Harvard University Press, Cambridge, 597 pages. Il faut noter sur ce point que Mark White a lancé un appel à participation pour la rédaction d'un ouvrage touchant la méthodologie de l'analyse économique

mesure où une « véritable » compréhension ne peut se faire sans un cadre partagé. Certains ouvrages récents se sont penchés sur une étude critique de la méthodologie appliquée par l'analyse économique du droit¹⁶⁹. Nous souhaitons approfondir la démarche et interroger la qualification des informations fournies par l'analyse économique du droit du point de vue de la connaissance.

Si nous retrouvons, quelques articles et essais touchant indirectement à la question des fondements épistémologiques de l'analyse économique du droit¹⁷⁰, peu y font référence directement¹⁷¹ au regard de la gigantesque littérature consacrée au mouvement. Malheureusement, la grande majorité d'entre eux ne s'intéresse qu'à l'aspect purement économique (Quelles rationalités ? Quelles efficacités ? Quelles critiques peut-on faire de l'analyse coûts-bénéfices ? etc...). Les conséquences du codage économique sur la représentation du droit et de la méthode

du droit (l'ouvrage est paru en 2009, Mark White, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, 2009, Cambridge University Press, Cambridge, 302 pages). Il justifie ce projet ainsi : « *The impetus for the book was 1) the deficiency of serious methodological reflection on the part of law-and-economics scholars (with the important exception of Richard Posner), and 2) the absence of any book-length treatment on the issue (aside from collections of previously published articles)* »

¹⁶⁹ Par exemple, Mark White, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, op cit.

¹⁷⁰ Outre les ouvrages concernant spécifiquement la méthodologie économique que nous aurons l'occasion de citer dans la suite de notre thèse, voir plus spécifiquement: Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, 1996, Cambridge University Press, Cambridge, 249 pages ; Serge Christophe Kolm, *Modern Theories of Justice*, 1998, MIT Press, Cambridge, 525 pages ; Warren Samuels (ed), *The Chicago School of Political Economy*, 1993, Transaction Publishers, London, 525 pages ; Pierre Schlag, *The Enchantment of Reason*, 1998, Duke University Press, London, 160 pages ; Donald Green et Ian Shapiro, *Pathologies of Rational Choice Theory*, 1994, Yale University Press, New Haven, 239 pages; Jeffrey Friedman (ed), Special Issue: Rational Choice Theory and Politics, 1995, *Critical Review*, 300 pages.

¹⁷¹ Nous ne mentionnerons que les articles généralistes et ouvrages les plus importants (à nos yeux et à notre connaissance): Richard Markovits, A Constructive Critic of Traditional Definition and Use of the Concept of "the Effect of a Choice on Allocative (Economic) Efficiency": Why the Kaldor Hicks Test, The Coase Theorem, and Virtually All Law and Economics Welfare Arguments are Wrong, 1993, *University of Illinois law Review*, pp 485-533; Jeanne Schroeder, Rationality in Law and Economics Scholarship, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 147-252; Jeanne Schroeder, Just so Stories: Posnerian Methodology, 2000-2001, *Cardozo Law Review*, vol 22, pp 351-423; Jeanne Schroeder, The Midas Touch: The Lethal Effect of Wealth Maximization, 1999, *Wisconsin Law Review*, pp 687-784; Jeanne Schroeder, The End of the Market: a Psychoanalysis of Law and Economics, 1998-1999, *Harvard Law Review*, vol 112, pp 483-558; Jeanne Schroeder, The Stumbling Block, Freedom, Rationality, and Legal Scholarship, 2002-2003, *William and Mary Law Review*, vol 44, pp 263-374; Robin Paul Malloy, *Law and Market Economy*, op cit; James Buchanan, Good Economics, Bad Law, 1974, *Virginia Law Review*, vol 60, pp 483-492; Donald McCloskey, The Rhetoric of Law and Economics, 1988, *Michigan Law Review*, vol 86, pp 752-767; Collectif, Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8; Collectif, Symposium: Law and Economics and the Rule of Law, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21; Richard Zerbe, Economic Efficiency in Law and Economics, 2001, Edward Elgar Pub, Northampton, 328 pages. Plus récemment, Mark White, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, op cit. L'ouvrage ne nous semble cependant pas tenir l'ensemble des promesses que pouvait annoncer son titre.

juridique sont rarement envisagées¹⁷². Outre une meilleure compréhension du codage proposé par l'analyse économique du droit, notre travail vise à combler cette lacune.

6. Plan et résultats de la thèse

S'interroger sur les fondements épistémologiques de l'analyse économique du droit et donc sur la valeur des informations fournies par l'utilisation des méthodes économiques, nous oblige tout d'abord à mettre au jour ses fondements, le code dans lequel l'économie s'exprime et à partir duquel elle construit des « informations ». La première partie de notre thèse sera ainsi consacrée au décryptage du système d'interprétation proposé par l'analyse économique du droit (**Partie 1**).

Nous mettrons en évidence que le langage économique se construit à partir de deux grandes catégories, la rationalité et l'efficacité, même si le contenu de ces catégories est encore discuté au sein de l'analyse économique et reste finalement plus formel que substantiel. Certains auteurs n'hésitent pas à parler d'une « compétition kuhnienne »¹⁷³ entre les différents « styles » d'analyse économique. Le **titre 1** de cette partie sera donc largement économique. Il visera à expliciter et à synthétiser les outils de raisonnement utilisés dans l'analyse économique du droit, dans un langage compréhensible pour le juriste. Cette synthèse se vaudra aussi constructive. Nous chercherons à mettre en évidence l'ambiguïté, les tensions, et parfois même le manque de cohérence des catégories fondamentales du raisonnement. Le lecteur qui dispose de bases économiques solides pourra survoler cette partie qui vise avant tout à expliciter le système de perception du monde économique de façon non mathématisée afin de le rendre plus accessible au néophyte.

Il s'agira de montrer que le code économique se présente davantage comme une suite d'axiomes (et donc comme une méthodologie) que comme des propositions véritablement empiriques et qu'il n'existe aucun véritable consensus en ce qui concerne certains résultats considérés comme fondamentaux par l'analyse économique du droit (notamment le raisonnement relatif à l'efficacité en équilibre partiel). L'économie se révélera comme un simple un point de vue systématisé, idée que nous développerons tout au long de notre thèse.

¹⁷² Une partie du Symposium : Law and Economics and the Rule of Law (op cit), traite spécifiquement de cette question mais d'une façon lacunaire.

¹⁷³ Nicholas Mercurio et Steven Medema, Schools of thought in Law and Economics : A Kuhnian Competition, in Robin Paul Malloy et Christopher Braun, *Law and Economics, New and Critical Perspectives*, 1995, Peter Lang Publishing, New York, 459 pages, pp 65-126

Nous nous intéresserons ensuite à la mise en mouvement du code lorsqu'il s'intéresse aux phénomènes juridiques et plus précisément à la perception de l'objet de l'analyse (le droit et le raisonnement juridique) à travers le code (**titre 2**). Dans cette perspective, le droit sera reconstruit par le code économique sans trop de difficultés. Nous montrerons que l'approche économique du droit nous permet de rationaliser un grand nombre des théories et des règles juridiques d'une façon qui pourrait paraître à la fois simple et cohérente. Elle ne définit cependant pas précisément ce qu'est son objet d'analyse et semble en rester à des considérations de bon sens qui ne tiennent pas toujours compte des avancées de la théorie et de la philosophie du droit. Ce titre sera consacré à l'explicitation de ce qu'est le droit et le raisonnement juridique du point de vue de l'analyse économique du droit. Cette réflexion économique sur l'objet de l'analyse reste souvent implicite dans les analyses. Personne, à notre connaissance, n'a essayé de présenter une approche systématique de la relation entre le code économique et son objet. Cette représentation conduira nécessairement à battre en brèche l'idée d'une véritable pluridisciplinarité. *Ce sera le code qui forcera son objet plus que l'objet qui s'imposera au code.* Le droit sera déjuridicisé pour pouvoir être économisé. Les pertes dans ce transfert auront cependant tendance à disparaître et l'analyse économique pourrait perdre de vue ses limites.

Nous montrerons enfin que l'analyse économique du droit développe un certain nombre de concepts et met en évidence des problèmes qui nous permettent de nous interroger sur les pratiques juridiques en les percevant sous un angle différent. L'approche permet d'unitariser le raisonnement sur le droit. Les outils pour penser la séparation des pouvoirs seront ainsi les mêmes que ceux pour penser le droit pénal et la logique du droit en général. Si de nombreux résultats sont déjà connus des juristes, l'analyse économique apporte une systématisation intéressante susceptible de conduire à une plus grande cohérence des justifications « juridiques ». Nous ne chercherons ici qu'à appliquer le code sans nous interroger sur la « véritable » pertinence de cette utilisation.

Dans la seconde partie de notre thèse, nous mettrons en évidence le problème du passage du code à l'appréciation des résultats du code (**Partie 2**). Il s'agira de dégager la force épistémologique du codage proposé par l'analyse économique du droit et ainsi l'apport de ce type d'analyse au droit. Dans la mesure où il s'agira de tirer les conséquences du codage économique du droit, cette seconde partie sera beaucoup plus courte que la première puisque l'ensemble des fondements théoriques de la réflexion auront été posés.

Nous montrerons tout d'abord (**titre 1**) que la validité du raisonnement économique en droit ne peut pas se justifier par des stratégies visant à démontrer que ce type de raisonnement est valable

a priori en raison des domaines du droit. Si ce type de justification semble possible, il ne peut pas reposer sur des considérations scientifiques mais sur des croyances relatives à la validité a priori du raisonnement. De même, les résultats de l'analyse économique du droit ne peuvent atteindre pleinement le stade de la connaissance par une confrontation aux faits, notamment en raison de la thèse de Duhem-Quine et des protections qu'offre le modèle à la théorie. Nous interrogerons tout particulièrement la question de la connaissance du monde social à travers la modélisation. Nos résultats pourront sembler radicaux puisque les propositions économiques apparaîtront avant tout comme des propositions analytiques dont la validité ne dépend que d'une appréciation subjective de la validité de la démarche.

Nous chercherons ensuite à qualifier plus précisément le type de connaissance offert par l'analyse économique du droit (**titre 2**). Comme il ne semble pas possible de sortir du code, il est nécessaire d'apprécier le code en tant que code. C'est en connaissant ses limitations que nous pourrions tenter de les dépasser ; afin que la mouche puisse sortir de la bouteille à mouches, il faut qu'elle ait « conscience » d'être dans une bouteille. L'analyse économique apparaîtra comme un point de départ pour une réflexion sur le droit, comme une possible aide à la décision dont les résultats ne pourront pas constituer la décision. C'est en prenant conscience des limitations du raisonnement économique, mais aussi de ses forces, qu'il est possible de l'(la) (ré)insérer dans une pensée juridique.

L'analyse économique du droit se présentera alors comme une herméneutique du soupçon – pour reprendre l'expression de Ricœur – et non comme le véhicule d'une connaissance certaine. Elle nous sert à nous interroger sur le monde plus qu'à résoudre l'ensemble des interrogations. C'est à notre avis en cela que l'analyse économique du droit est particulièrement stimulante pour le juriste, le théoricien et le philosophe du droit.

Nous retrouverons alors les problèmes liés à la rationalité pratique (et notamment le problème de l'identification de l'esprit de modération) mais aussi la distinction fondamentale entre le calcul et le jugement dans un monde d'incertitude. Nous serons aussi amenés à nous interroger, implicitement, sur les spécificités, si elles existent, d'une analyse juridique du droit. C'est donc en renversant l'analyse que nous gagnons une véritable connaissance sur le droit. Les fondements épistémologiques de l'analyse économique (le code économique) ne constituent finalement qu'un point de départ pour une interrogation plus vaste. Leur valeur épistémologique principale se situe dans leur mise en évidence et dès lors dans la possibilité d'une réflexivité. Ceci nous incite donc à nous interroger sur les fondements épistémologiques de l'analyse juridique du droit.

Cette thèse vise donc un triple objectif en plus de notre thèse à proprement parler :

1. Il s'agira tout d'abord de présenter une synthèse critique des outils et des méthodes mises en place par l'analyse économique du droit à travers une étude de ses fondements épistémologiques.
2. Au-delà de l'analyse économique, ce travail vise à s'interroger sur le rôle des approches externes au droit pour sa compréhension et sur les limites perçues des approches « juridiques ». Une partie de nos remarques seront facilement transposables à la sociologie du droit ou à une psychologie du droit et même à des théories du droit. Par renversement, l'approche juridique traditionnelle, en tentant de répondre aux questionnements lancés par des disciplines externes pourra mieux saisir sa démarche et ses outils.
3. Il s'agira enfin de s'interroger sur la place et le sens du droit dans les ordres sociaux et de montrer que cette question est d'une importance capitale à la fois pour l'enseignement du droit, son interprétation, sa construction, et pour le raisonnement juridique.

PARTIE 1 : DECRYPTAGE DU SYSTEME D'INTERPRETATION DU MOUVEMENT LAW & ECONOMICS, UN CADRE D'ANALYSE VAGUE

« One of the major contributions of economic analysis to law has been simplification, enabling enhanced understanding. Economics is complex and difficult but it is less complicated than legal doctrine and it can serve to unify different areas of law [...] By cutting away the dense underbrush of legal technicalities, economic analysis can also bring into sharp definition issues of policy that technicalities may conceal »¹⁷⁴

William Landes et Richard Posner

L'analyse économique du droit se définit comme le domaine d'investigation dans lequel les outils économiques sont utilisés pour approcher et analyser les phénomènes juridiques. Afin de mieux comprendre ce que signifie ce type d'analyse, il semble nécessaire de nous pencher sur les outils économiques utilisés et sur la signification du droit, autrement dit sur la méthodologie, sur l'objet de l'analyse économique du droit, et sur leurs interactions.

En principe, les ouvrages ne présentent qu'une courte introduction sur ces questions méthodologiques¹⁷⁵ (voire aucune¹⁷⁶), considérant que les exemples permettent une meilleure

¹⁷⁴ William Landes et Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, Harvard Belknap Press, Cambridge, 448 pages, p 10

¹⁷⁵ Jeffrey Harrison, *Law and Economics*, op cit, consacre une part substantielle de son ouvrage à l'explicitation des concepts économiques et aux difficultés de leur transposition dans le domaine du droit. Il est remarquable de voir, a contrario, que le manuel de Robert Cooter et Thomas Ulen fait disparaître la discussion, présente dans la première édition de *Law and Economics*, consacrée à la comparaison des méthodologies économiques et juridiques (Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er} op cit, pp 8-12) dans la troisième édition du même manuel. Parfois les problèmes méthodologiques n'apparaissent qu'en fin d'ouvrage (par exemple, Douglas Baird, Robert Gertner, Randal Picker, *Game Theory and The Law*, 1994, Harvard University Press, Cambridge, 330 pages, spécialement pp 268-271 ; voir aussi les fins de chapitre dans Eric Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*, op cit).

¹⁷⁶ Par exemple, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit

compréhension de l'analyse¹⁷⁷. Il n'est pas souvent précisé ce que signifie « droit » (comme objet)¹⁷⁸ ; les auteurs supposent vraisemblablement qu'il existerait une forme de compréhension instinctive de la notion ou que l'analyse économique du droit est avant tout une « analyse économique ». Ce faisant, ils laissent la place à de nombreuses ambiguïtés. D'autres se contentent simplement de donner quelques éléments permettant de comprendre le système juridique¹⁷⁹. La plupart des manuels sont d'ailleurs écrits pour des personnes qui n'ont aucune connaissance en droit ou dont des connaissances en droit ne sont pas requises pour comprendre les arguments¹⁸⁰. De même, les différentes méthodologies économiques ne font pas l'objet d'une présentation, les auteurs se limitant à leur propre approche économique, néoclassique principalement¹⁸¹.

Les auteurs semblent ainsi dissocier la méthode et l'objet. Il apparaîtra, dans cette partie, que l'analyse économique du droit est véritablement constitutive de son objet ; le droit se voit implicitement redéfinir par sa réintégration dans le champ de l'économie, même si les auteurs ne vont pas jusqu'à proposer une distinction entre droit et non droit¹⁸² sur une base économique.

¹⁷⁷ Nous retrouvons cette idée dans Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 3 ; Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er}, op cit spécialement p 1.

¹⁷⁸ Par exemple, Eric Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*, op cit ; Thomas Miceli, *Economics and the Law*, op cit

¹⁷⁹ Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er}, op cit, chapitre 3, pp 71-87 ; Werner Hirsch (*Law and Economics*, op cit, pp 1-15) présente une approche plus pertinente pour une meilleure compréhension du cadre de l'analyse économique du droit, en s'interrogeant, notamment, sur les liens entre l'approche économique et l'approche juridique. Richard Posner développe lui aussi certaines intuitions à ce sujet mais ne les inclut pas dans son traité en laissant la discussion de ces questions dans des ouvrages plus spécialisés.

¹⁸⁰ Par exemple, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, preface.

¹⁸¹ L'exception est certainement Nicholas Mercurio et Steven Medema, *Economics and the Law, From Posner to post-modernism*, op cit qui développent, mais uniquement sous l'angle économique, les différences méthodologiques entre les différentes écoles. L'approche néoclassique correspond à l'approche « standard » en économie (il n'existe donc pas une méthodologie économique acceptée par l'ensemble des économistes). Elle est constituée autour de l'individualisme méthodologique, de l'approche marginaliste et du modèle de l'équilibre général. Pour une vue globale de la théorie néoclassique, voir notamment Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Équilibre Général*, 1989, 3^e édition, Economica, Paris, 495 pages. L'analyse néoclassique représente bien souvent le point de référence à partir duquel les différentes approches économiques se construisent. Ce sera donc à partir d'elle que nous présenterons le codage économique. Nous ne développerons cependant pas dans le détail l'ensemble des positionnements économiques qui peuvent exister au sein de la « science » économique.

¹⁸² Richard Posner est un des seuls à tenter d'analyser la compatibilité de son approche avec certaines théories du droit, dont, par exemple, la théorie Kelsenienne (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, chapitre 7). Sur la compatibilité avec les analyses normatives en droit, voir Kaplow et Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit. Nous expliciterons les raisons de ceci dans la suite de nos développements.

Le regard critique (et autocritique) sur l'approche est ainsi limité¹⁸³ dans la mesure où le cadre d'analyse n'est pas suffisamment explicité et les limites bien précisées. L'analyse économique du droit est-elle seulement à même de circonscrire son propre domaine de validité ? Cette question ne nous intéressera pas directement dans cette première partie puisqu'elle n'est jamais posée par les auteurs eux-mêmes (ou insuffisamment). Par exemple, si de nombreux auteurs précisent que l'analyse économique du droit de la famille est quelque peu artificielle, ils ne précisent pas les raisons de cette artificialité, laissant supposer l'existence d'un critère commun dont nous étudierons la nature dans la seconde partie de notre thèse.

L'absence d'autocritique explicite des modèles ou des présupposés risque de conduire à une incompréhension de ce type d'analyse (et de ses prétentions). Elle ne peut donc que desservir l'analyse économique du droit. *De même qu'un jeu classique ne peut pas se « jouer » sans règles ; l'analyse économique du droit ne peut pas véritablement se « comprendre » sans explicitation de ses présupposés.*

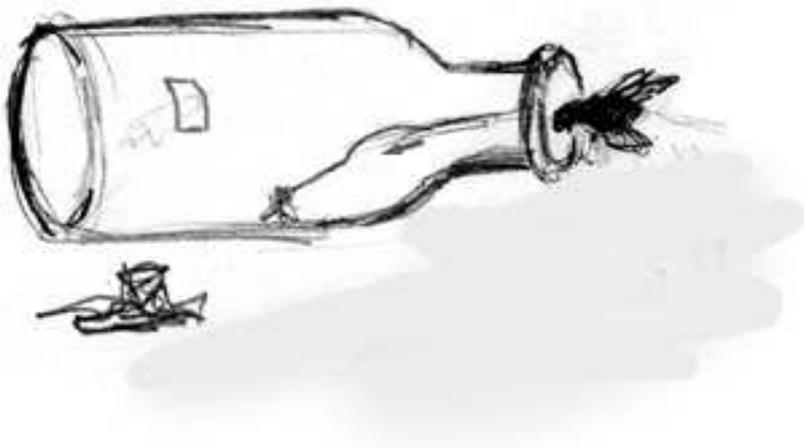
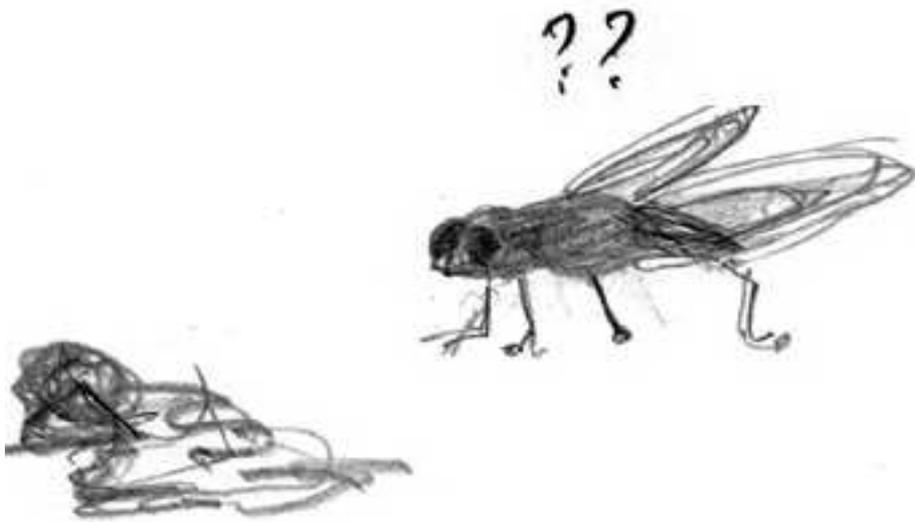
Nous chercherons ici à expliciter le cadre de l'analyse économique, les axiomes de base du raisonnement et la conception du droit qui en ressort. Autrement dit, nous présenterons le prisme à travers lequel les praticiens de l'analyse économique du droit abordent les phénomènes « juridiques ». Nous commencerons par analyser les éléments à la base du système d'interprétation, autrement dit la dimension « économique » de l'analyse économique du droit (Titre 1)¹⁸⁴. Nous expliciterons ensuite l'objet de l'analyse économique du droit (Titre 2).

Notre approche se voudra à la fois descriptive et analytique : descriptive puisqu'il apparaît nécessaire de définir et de présenter les différents outils ; analytique puisque nous chercherons les raisons des différents concepts, leur logique, et le point de vue épistémologique qu'ils sous-tendent et auquel ils conduisent. Nous ne rentrerons pas dans une « évaluation » des propositions économiques sur le droit, nous essaierons surtout de comprendre la structure du raisonnement économique.

Nous mettrons en évidence la pluralité des approches et l'absence d'une véritable unité « concrète » (mais aussi l'existence d'une certaine unité « abstraite »). Le cadre d'analyse s'avère extrêmement vague ; il serait préférable d'évoquer les analyses économiques du droit. En effet, l'unité se retrouve plus dans la logique de l'approche des phénomènes normatifs que dans une définition précise du droit et une méthodologie économique unique.

¹⁸³ Richard Posner, *Law and Economics*, 6e, op cit, ne consacre que 3 pages (pp 26-28) à cette question.

¹⁸⁴ Comme nous l'avons déjà précisé dans l'introduction les éléments que nous présenterons ne seront pas tous neufs. Ils visent avant tout à donner au juriste des outils pour comprendre ce qu'est un raisonnement économique.



© J.L

Ou comment la mouche est entrée dans la bouteille et des caractéristiques de cette dernière

Titre 1 : Les éléments à la base du système d'interprétation de l'analyse économique du droit : la transposition des outils de l'économie

Les concepts économiques « *which at first glance may seem fairly clear and precise, are on the contrary highly misleading and ambiguous and give rise to grave difficulties* »¹⁸⁵.

Giorgio Del Vecchio

« *Moi, quand j'utilise un mot (...), il signifie exactement ce qu'il me plaît qu'il signifie, ni plus, ni moins* »¹⁸⁶.

Lewis Carroll

La plupart des manuels et traités d'analyse économique du droit commencent par une présentation, très rapide, des outils économiques¹⁸⁷, sans que ceux-ci ne soient modifiés pour s'adapter à l'étude du droit. Il s'agit donc d'une simple transposition des outils économiques à l'analyse du droit, d'un *codage* économique du droit. Posner ne consacre que cinq pages, dans la première édition de *Economic Analysis of Law*, au traitement de la théorie économique non appliquée. Il précise ainsi que « *The design of this book is to anchor discussion of economic theory in concrete, numerous, and varied legal questions ; the discussion of economic theory in the abstract is confined to this chapter* »¹⁸⁸. Il lui consacra dix neuf pages dans l'avant dernière édition de son traité¹⁸⁹. Cooter et Ulen consacrent, quant à eux, une cinquantaine de pages à cette question¹⁹⁰.

Ce traitement, très rapide, des fondements économiques pourrait laisser penser que ces outils sont simples, voire instinctifs, qu'il n'y a pas de grande controverse quant à leur utilisation, ou du moins que la connaissance partielle des outils économiques est bien suffisante pour comprendre le positionnement et les prétentions de l'analyse économique du droit. Ainsi, la rationalité économique, les choix en incertitudes, l'efficacité, la théorie des jeux, l'équilibre de marché ou

¹⁸⁵ Giorgio Del Vecchio, *Law and Economics*, 1932, *Journal of Social Philosophy*, vol 1, pp 341-363, p 341.

¹⁸⁶ Lewis Carroll, *Oeuvres*, 1990, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1983 pages, p 316

¹⁸⁷ Une exception notable, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit.

¹⁸⁸ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1^{er} édition et 6^e édition, op cit, p 1 (1^{er} édition) et p 3 (6^e édition)

¹⁸⁹ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e édition, op cit, pp 3-21

¹⁹⁰ Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er} édition et 3^e édition, op cit, pp 15-70 (1^{er} édition), pp 9-52 (3^e édition).

encore la théorie du consommateur et l'ensemble de la microéconomie pourraient se traiter en quelques dizaines de pages. L'ouvrage de référence en microéconomie néoclassique fait pourtant presque 1000 pages¹⁹¹.

Deux solutions s'offrent alors à nous : soit les outils sont simples pour comprendre l'analyse économique du droit, mais la complexité mathématique et certaines subtilités imposent un traitement plus extensif des questions ; soit nous avons des simplifications abusives au sein de l'analyse économique du droit. Evidemment, la réponse se situe quelque part entre ces deux niveaux et l'analyse économique se révèle assez simple dans son principe mais relativement complexe dans sa mise en œuvre. En tout état de cause, cette maigre connaissance des outils économiques ne permet pas de « saisir » le positionnement adopté par les praticiens.

Il est alors nécessaire de s'interroger sur le caractère suffisant d'une telle introduction. Peut-elle véritablement donner aux juristes des bases solides sur lesquelles ils pourraient s'appuyer pour analyser un phénomène juridique ou comprendre une recommandation économique ? Si ces bases permettent d'aborder l'analyse économique du droit, elles se révèlent vite insuffisantes pour une véritable analyse critique. Il est d'ailleurs rare qu'une réflexion épistémologique apparaisse dans la présentation des outils économiques ou que différentes approches soient présentées. S'il est vrai que le courant dominant suit une analyse microéconomique néoclassique, le juriste pourrait trouver dans des approches alternatives des outils et des idées plus proches de son mode de raisonnement.

Avery Katz résume parfaitement notre pensée : « *In my view, most lawyers exposed to law and economics do not acquire a solid grounding in these basics [ceux de l'analyse économique]. Most major casebooks and textbooks in the field are concerned primarily with applications and deal with economic methodology only briefly or tangentially. As a result, both students and nonspecialists often lack a clear idea of what normative, descriptive, and interpretative positions the use of economics really commits them to; and while they may learn to use economics adequately or even expertly, they are less well equipped either to critique or to defend its use* »¹⁹². Revenir aux fondements de l'analyse économique est donc une nécessité pour en saisir la portée, même si cette dernière pourra sembler « exotique » pour le juriste de formation classique.

Dans ce titre nous exposerons les outils de base de l'analyse économique du droit, autrement dit la conception de l'homme (Chapitre 1) et la définition de l'objectif social via l'efficacité (Chapitre 2) – qui n'est qu'une sorte de transposition de la rationalité individuelle au monde social. Cette

¹⁹¹ Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, 2005, Oxford University Press, Oxford, 981 pages

¹⁹² Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, op cit, p iii

analyse se voudra critique. Nous n'envisagerons cependant pas les critiques liées à l'utilisation des outils économiques pour approcher le droit. Celles-ci seront étudiées dans notre seconde partie. Nous ne formulerons que des critiques épistémologiques générales ou d'origine économique. En effet, il nous semble nécessaire de présenter la diversité – sans pour autant pouvoir prétendre à l'exhaustivité – des conceptions de l'homme et de l'objectif social d'une façon positive afin de donner au juriste les éléments permettant de coder une situation juridique de différentes façons. Nous souhaitons aussi mettre en évidence la dimension systématique et même axiomatique du raisonnement économique.

Chapitre 1 : La conception de l'homme dans l'analyse économique du droit : une conception formaliste de la rationalité

« *The great appeal of law and economics has been its use of a coherent theory of human decision making (rational choice theory) to examine legal rules and institutions* »¹⁹³

Thomas Ulen

« *What most distinguishes economics as a discipline from other disciplines in the social sciences is not its subject matter but its approach* »¹⁹⁴

Gary Becker

Face à un phénomène social, deux attitudes idéales-typiques sont possibles¹⁹⁵. Il est tout d'abord possible d'intégrer ce phénomène dans la chaîne des événements antérieurs et de l'analyser comme un fait. Autrement dit, de considérer que ce « fait » ne peut s'expliquer qu'en « *invokant le comportement ou les propriétés d'entités irréductiblement supra-individuelles telles que la culture ou les institutions* »¹⁹⁶. Par contraste, l'individualisme méthodologique suppose que les phénomènes sociaux sont le résultat des comportements individuels¹⁹⁷, les conséquences des actions des acteurs et que le social peut s'expliquer uniquement à partir de telles actions. On rapproche classiquement le holisme de la sociologie de Durkheim et l'individualisme méthodologique de celle de Weber.

¹⁹³ Thomas Ulen, Rational Choice Theory in Law and Economics, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 790-818

¹⁹⁴ Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 5

¹⁹⁵ Techniquement, il existe aussi l'approche systémique qui reste cependant peu représentée de l'analyse économique traditionnelle.

¹⁹⁶ Dan Sperber, Individualisme Méthodologique et Cognitivism, in Raymond Boudon, Almand Bouvier et François Chazel, *Cognition et sciences sociales*, 1999, Puf, Paris, 288 pages, pp 123-136, p 123

¹⁹⁷ Nous n'évoquerons pas ici « l'infra individualisme » qui viserait à expliquer les comportements en analysant des entités infra individuelles, telles que les gènes ou les mèmes. Pour un exemple d'une telle approche, voir Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, [1976] 2006, Oxford University Press, Oxford, 368 pages. Nous pourrions néanmoins constater que cette approche est susceptible de renouveler l'image classique que nous pouvons avoir de la rationalité. Les implications épistémologiques de l'individualisme méthodologique seront étudiées dans le titre 2 de la seconde partie de cette thèse.

L'individualisme méthodologique est actuellement au fondement de la plupart des sciences sociales ; l'économie, bien sûr, mais aussi la sociologie, la science politique, etc¹⁹⁸. Afin de pouvoir analyser « scientifiquement » les phénomènes sociaux à partir de cette méthode, il est nécessaire de supposer que l'individu utilise une certaine forme de rationalité (il faut lui appliquer le principe de raison « découvert » par Leibniz¹⁹⁹ ou le « principe de charité »²⁰⁰). De toutes les conceptions possibles de la rationalité humaine, les sciences sociales privilégient aujourd'hui « la théorie du choix rationnel », approche pluridisciplinaire dans la mesure où l'économie, la psychologie, la sociologie et même parfois la biologie comportementale ont permis de la développer.

Il serait faux de croire qu'il n'existe qu'une théorie du choix rationnel, entendue dans un sens non technique. Si Aristote est l'un des premiers à développer une théorie du choix rationnel²⁰¹, on considère que la théorie du choix rationnel « moderne »²⁰² explose au cours des années 1950 avec les premiers travaux de Samuelson²⁰³, Arrow²⁰⁴, Debreu²⁰⁵, Von Neumann et Morgenstern²⁰⁶ et Savage²⁰⁷. Cette approche vise une conception formaliste de la rationalité entamée par la révolution marginaliste²⁰⁸. L'objectif est de la modéliser et non plus de la considérer comme un

¹⁹⁸ Le plus bel exemple d'une telle approche se trouve dans James Coleman, *Foundations of Social Theory*, 1994, Belknap Press, Cambridge, 1014 pages.

¹⁹⁹ Sur le principe de raison, sur lequel nous reviendrons, voir par exemple, Luc Foisneau (ed), *La Découverte du Principe de Raison*, 2001, PUF, Paris, 203 pages

²⁰⁰ Nous reviendrons plus amplement sur ce second principe. La bibliographie sera développée à ce moment là.

²⁰¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1990, Vrin, Paris, 539 pages, livre 3. Nous aurons l'occasion de développer plus avant sa conception de la rationalité pratique et de la comparer à la rationalité « économique » dans la seconde partie de notre thèse.

²⁰² Pour une présentation avancée et mathématisée de ces questions, voir notamment Ken Binmore, *Rational Decisions*, 2009, Princeton University Press, Princeton, 200 pages; voir aussi Herbert Gintis, *The Bounds of Reason, Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences*, 2009, Princeton University Press, Princeton, 286 pages. Le titre de ce dernier ouvrage est révélateur des prétentions de cette théorie.

²⁰³ Paul Samuelson, *Foundations of Economic Analysis*, 1947, Harvard University Press, Cambridge, 379 pages. L'auteur y appelle notamment à l'utilisation des mathématiques pour sortir de l'imprécision des approches classiques.

²⁰⁴ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, [1951] 1963, Yale University Press, New Haven, 124 pages. Si Arrow modélise ce que pourrait être une rationalité collective, il axiomatise ce qu'est la rationalité individuelle.

²⁰⁵ Gerard Debreu, *Theory of Value*, 1959, John Wiley & sons, New York, 114 pages

²⁰⁶ John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, [1947] 1990, Princeton University Press, Princeton, 641 pages

²⁰⁷ Leonard Savage, *Foundations of Statistics*, [1954] 1972, Dover Publications, Mineola, 376 pages

²⁰⁸ Sur l'évolution de la notion de rationalité en économie, outre les ouvrages d'histoire de l'économie, voir Maurice Lagueux, *What Does Rationality Mean For Economists*, 2001, Cahiers d'épistémologie 2001-09, disponible sur <http://www.unites.uqam.ca/philo/recherche/grec/grec.html>

principe vague. A partir de cette théorisation, l'économie, qui se définissait par son domaine (définition substantive), ne va plus se définir que par sa méthode (définition formelle).

La notion de « rationalité » peut aujourd'hui s'entendre de nombreuses façons : rationalité des préférences, rationalité contextuelle, rationalité adaptative, rationalité située, rationalité paramétrique, rationalité pratique... Alan Singer recense ainsi pas moins de quarante conceptions de la notion de rationalité²⁰⁹. Il semble dès lors nécessaire de bien circonscrire ce que l'on entend économiquement par rationalité – sa ou ses définition(s) technique(s) – puis de présenter quelques modèles alternatifs utilisés en analyse économique du droit (utilisant principalement la psychologie expérimentale), ou potentiellement intéressants pour son développement. Nous n'aurons pas la possibilité de développer ici l'ensemble des différentes conceptions. Signalons cependant que la plupart de ces dernières ont en principe un point commun : elles constituent une approche formaliste de la rationalité permettant la création de modèles mathématiques.

« La théorie du choix rationnel » est essentiellement le fruit des recherches des économistes mathématiciens. Posner va même jusqu'à considérer que la science économique est la science des choix rationnels²¹⁰ et que l'analyse scientifique du droit demande une approche formelle de la rationalité²¹¹. De même, pour Sugden, une explication est « économique » uniquement dans la mesure où elle fait appel à la théorie du choix rationnel²¹².

La rationalité économique ne serait pas confinée aux problèmes marchands. Nous verrons ainsi que Becker a été l'un des premiers à étendre l'analyse aux phénomènes non marchands ou, plus précisément, à systématiser cette possibilité²¹³. L'analyse économique du droit utilise donc une théorie économique de la rationalité simplement transposée à un nouvel objet.

La rationalité est un terme extrêmement connoté et s'entend en analyse économique comme un terme technique (dont le jeu de la connotation est à surveiller pour bien la saisir), même si Posner

²⁰⁹ Alan Singer, General theory of rationality, in Peter Earl et Simon Kemp, *The Elgar Companion to Consumer Research and Economic Psychology*, 1999, Edward Elgar publishing, Northampton, 649 pages, pp 480-486

²¹⁰ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, op cit, p 3

²¹¹ Posner peut alors critiquer la méthodologie de Coase (Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, pp 406-425, spécialement p 417). Il est intéressant de remarquer qu'il n'y a pas d'entrée sur la rationalité dans le *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Nous reviendrons sur l'importance de ce positionnement pour l'évaluation des propositions économiques.

²¹² Robert Sugden, Rational Choice: A survey of Contributions from Economics and Philosophy, *The Economic Journal*, juillet 1991, pp 751-785, spécialement p 751

²¹³ Downs n'avait ainsi pas hésité à le faire avant Becker (Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, Harper and Row, New York, 310 pages).

semble lier la rationalité et le pragmatisme²¹⁴. Il ne faudrait cependant pas considérer que la rationalité suppose une unicité ; il serait plus judicieux d'évoquer les rationalités économiques, celles-ci traduisant divers choix méthodologiques.

Dans ce chapitre, nous présenterons les théories majeures de la rationalité et les outils classiques permettant d'en discuter (maximisation, utilité, préférence, etc...). Nous utiliserons la littérature économique et la littérature de l'analyse économique du droit afin de comprendre en quoi consiste un choix rationnel.

Sous des abords d'une parfaite clarté, nous montrerons que la rationalité est un concept loin d'être évident. Nous insisterons particulièrement sur la diversité des approches possibles de la notion de rationalité en faisant une distinction entre l'approche néoclassique, dominante, de la rationalité (Section 1) et les autres approches produites par l'économie cognitive (Section 2). Ces dernières revêtent une place de plus en plus importante dans le champ de l'analyse économique du droit (mais aussi en psychologie et en sociologie).

S'il est possible de prouver que les économistes utilisent plusieurs formes de rationalité, ou qu'il existe d'autres conceptions de la rationalité, la question du choix de la rationalité pertinente peut faire son apparition et cette question ne peut pas être résolue à partir de l'économie. L'analyse économique n'est donc pas parfaitement autonome. Nous traiterons cette dernière question plus en détail dans la seconde partie de cette thèse.

²¹⁴ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, pp 57-96.

Section 1 : L'approche de la rationalité dans l'économie néoclassique : la rationalité comme maximisation de l'utilité individuelle

« the concept of rationality used by the economist is objective rather than subjective, so that it would not be a solecism to speak of a rational frog. Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life »²¹⁵.

Richard Posner

Posner nous le rappelle, l'une des caractéristiques de l'économie est de supposer que l'individu choisit d'une façon rationnelle. Pour lui, l'économie a pour objet d'étudier les implications du principe selon lequel les individus cherchent à maximiser leurs « intérêts »²¹⁶.

Nous allons ici analyser ce que signifie, dans l'économie néoclassique, « faire un choix rationnel » et ainsi expliciter l'idée que défend Posner dans la citation ci-dessus. Il serait faux de croire que sa conception de la rationalité est la seule dans le mouvement.

Nous pouvons déjà entrevoir l'intérêt éventuel de la transposition de la rationalité économique en droit : dans la mesure où elle concerne le problème du choix et qu'une décision de justice est un choix, elle pourrait, potentiellement, permettre des décisions juridiques et judiciaires « rationnelles ».

La rationalité n'est autre, sous cette approche, que la maximisation de l'utilité sous contrainte. Plus largement, l'idée de rationalité est associée à une maximisation d'un quelque chose²¹⁷ (plaisir, pouvoir, argent, reconnaissance, etc...). L'utilité est entendue dans un sens technique et il ne faut pas la confondre avec l'utilité des auteurs classiques²¹⁸ ; la théorie actuelle est essentiellement une

²¹⁵ Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6e, op cit, p 17

²¹⁶ Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6e, op cit, p 3

²¹⁷ Kenneth Arrow, *Social Choices and Individual Values*, op cit, p 3

²¹⁸ Nous ne reviendrons pas ici en détail sur la théorie de l'utilité, pour plus de détails, voir George Stigler, The development of utility theory, in *Journal of Political Economy*, 1950, 2 parties, vol 58 n°4 et 5, pp 307-327 et pp 373-396. Pour une approche globale de la signification de la rationalité en économie, voir Shaun Heap, *Rationality in Economics*, 1989, Blackwell Publishers, Oxford, 238 pages.

théorie ordinale de l'utilité et non une théorie cardinale²¹⁹. Ce postulat de rationalité « *figure comme prémisse mineure de tout raisonnement économique* »²²⁰, et donc comme fondement principal du raisonnement en analyse économique du droit.

Chacun des termes de cette « définition » mérite évidemment un développement tant les concepts utilisés sont polysémiques et tant le sens technique de la rationalité n'est pas « intuitif » (après tout être rationnel n'est-ce pas avoir de « bonnes » raisons ?). Pour certains critiques de l'économie, la définition de la rationalité n'est d'ailleurs qu'une tautologie²²¹ et n'aurait que peu d'intérêt pratique si elle n'était pas abordée avec prudence.

Nous chercherons à expliciter la logique de la théorie néoclassique du choix rationnel, autrement dit, la signification de la rationalité en économie néoclassique (§1). Nous examinerons ainsi quelques outils permettant à l'économiste d'aborder le comportement des individus dans un système de droit.

Nous nous intéresserons ensuite à la position épistémologique de la théorie du choix rationnel (§2). Nous informe-t-elle vraiment sur le comportement des individus ou ne vise-t-elle qu'à présenter une définition stipulative de la rationalité afin de pouvoir expliciter des choix ou discriminer entre choix rationnels et choix « irrationnels » ? Ne constitue-elle qu'une condition nécessaire afin de faire de l'économie une « science » ? Est-elle une théorie descriptive ou normative ?

Cette étude nous permettra de présenter l'outil principal de l'analyse économique du droit sur lequel l'ensemble le système repose (de façon presque déductive). Nous utiliserons ici principalement les travaux d'économistes « purs », même si nous ferons aussi des références explicites aux analystes économiques du droit²²². Il s'agira de mettre en évidence tout ce que la théorie néoclassique de la rationalité présuppose et de comprendre la raison de son utilisation pour analyser les phénomènes juridiques.

²¹⁹ Cette distinction sera explicitée et nuancée par la suite.

²²⁰ Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, p 237

²²¹ Amartya Sen, *Ethique et Economie*, 2002, PUF, Paris, 364 pages, spécialement pp 87-116 ; Lucien Sfez, *Critique de la Decision*, 1992, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 571 pages, spécialement p 198.

²²² Il est rare que les analystes économiques du droit reviennent sur les fondements de la rationalité. Richard Posner (*Economic Analysis of law*, 6^e, op cit) est l'exemple parfait. Louis Kaplow et Steven Shavell (*Fairness versus Welfare*, op cit, p 18) développe très rapidement ces fondements pour s'en tenir à l'idée de maximisation de l'utilité ou de l'utilité espérée. Steven Shavell, dans son manuel (*Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit) n'explique même pas ce qu'il entend par rationalité.

§1. La signification de la rationalité en économie néoclassique, axiomatique de base

La théorie du choix rationnel est dérivée de la théorie de la décision concernant le consommateur ou le manager (consommation et production seraient donc deux mondes « semblables » de ce point de vue) ; elle s'est ensuite étendue à l'ensemble des choix des individus. Posner renvoie d'ailleurs à un manuel de théorie du prix (*price theory*) afin de mieux comprendre ses développements²²³ et explicite les concepts économiques fondamentaux à l'aide d'exemples simples. Ainsi l'augmentation du prix du steak est utilisée pour introduire une analyse économique dans le domaine du droit pénal²²⁴, ce qui pourrait choquer certains juristes. Posner ne développe cependant pas les axiomes de base de la rationalité économique qui revêtent pourtant une importance capitale pour la compréhension de l'analyse économique du droit. Il se contente de postuler le résultat fondamental de cette théorie : *les individus répondent à des incitations en cherchant leurs intérêts*. Ce dernier postulat n'a pas besoin de l'arsenal de l'axiomatique de la rationalité pour être saisi. Pourtant, dans la mesure où cette axiomatique vise à « fonder » ce résultat et influence une partie des résultats de l'analyse économique du droit, il serait maladroit de ne pas en faire une présentation suffisamment extensive.

Dans le modèle néoclassique, on suppose que l'individu est capable de faire des choix optimaux grâce à des calculs appropriés. Les individus lorsqu'ils agissent, le font pour satisfaire leurs préférences (ou leurs désirs) en fonction de leurs croyances. Toute action est donc supposée tendre vers une satisfaction. L'analyse économique nous permet de caractériser mathématiquement la situation de maximisation de l'utilité. Elle reste cependant muette ou lacunaire sur le mécanisme en lui-même ; autrement dit sur la dynamique de décision, mais aussi sur la dimension cognitive (même si des progrès ont été réalisés).

La théorie du choix rationnel néoclassique est complètement formalisée mathématiquement afin de faciliter une approche « rigoureuse » lors de la construction de modèles économiques. La théorie du choix rationnel pourrait s'assimiler à une logique des choix²²⁵. Cette rigueur mathématique provient certainement de la fascination des sciences sociales pour la rigueur de la

²²³ Par exemple, Richard Posner, *Economic Analysis of law*, 1^{er} ed, op cit, p 8

²²⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of law*, pp 1-2 (1^{er}), p 4 (6^e); p 5 (6^e). Il écrit ainsi: « *the consumers in our steak example – and the criminal – were assumed to be trying to maximize their utility* »

²²⁵ Sur ce point, nous partageons l'avis de James Buchanan. James Buchanan, Is Economics The Science of Choice, in *The Collected Works of James Buchanan*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, Vol 12, 502 pages, pp 3-21

science physique²²⁶ : il fallait trouver un principe grâce auquel il serait possible de rendre compte scientifiquement du monde qui nous entoure (retrouver les lois de Newton en sciences sociales). Nous nous contenterons de présenter une approche littérale de la théorie des choix rationnels en renvoyant aux démonstrations mathématiques en notes afin de faciliter sa compréhension.

Au-delà de la présentation des axiomes et de la logique de la rationalité, nous aurons l'occasion de développer les postulats implicites (ou rarement explicités) de ce type de décision.

Finalement, la logique du choix rationnel est assez simple. Le choix d'un individu est rationnel si ses préférences sont rationnelles²²⁷ (A) et si ce choix correspond à ce que l'individu préfère en tenant compte de ce qu'il peut avoir (B)²²⁸ ; autrement dit son choix est déterminé par ses contraintes, ses préférences (quant aux résultats) et ses croyances (quant au lien entre ses actions et les conséquences). Un individu rationnel ne choisit pas « au hasard ». L'indépendance des

²²⁶ Sur ce point, voir par exemple Philip Mirowsky, *More Heat than Light*, 1991, Cambridge University Press, Cambridge, 462 pages; Deborah Redman, *The Rise of Political Economy as a Science*, op cit; Von Neumann et Morgenstern, *Theory of Games and Economics Behavior*, op cit, p 20; Johannes Klant, *The Nature of Economic Thought*, 1994, Elgar Edward pub, Northampton, 145 pages, p 24. Nous retrouvons une dimension équivalente chez Posner, par exemple, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 366

²²⁷ Nous nous intéresserons ici plus spécifiquement aux préférences rationnelles (et non aux croyances rationnelles) dans la mesure où la rationalité des croyances ne fait pas l'objet d'un traitement systématique en analyse économique et encore moins en analyse économique du droit... ou alors d'un raisonnement difficilement formalisable. On suppose souvent une révision des croyances sur la base de l'information acquise via la méthode de Bayes, mais cette approche est loin d'être la seule et elle est souvent avancée en vertu de son intérêt méthodologique. Voir par exemple, Bernard Walliser, *L'Economie Cognitive*, 2000, Odile Jacob, Paris, 258 pages (l'ouvrage introduit la logique bayésienne et essaye de la dépasser. Il reste relativement abordable pour les individus qui n'ont pas de formation mathématique poussée). La question de l'incertitude radicale et de la rationalité des croyances sera abordée dans la suite de notre thèse, notamment par la critique de la notion de rationalité par l'absence d'apprentissage et d'innovation. L'idée à retenir est simplement que les individus ne révisent pas n'importe comment leurs croyances (surtout si nous souhaitons pouvoir en rendre compte).

²²⁸ Nous ne présenterons pas ici la théorie des préférences révélées de Samuelson (Paul Samuelson, a Note on the Pure Theory of Consumers' Behaviour, 1938, *Economica*, New series, vol 5, n°17, pp 61-71 ; Paul Samuelson, The Empirical Implications of Utility Analysis, 1938, *Econometrica*, vol 6, n°4, pp 344-356). Cette théorie vise à partir non pas des préférences des individus mais de leurs choix afin de tirer des théorèmes touchant la fonction de demande (pour une présentation, voir Peter Newman, The Foundations of Revealed Preference Theory, 1955, *Oxford Economic Papers*, New Seies, Vol 7, n°2, pp 151-169 ; Philippe Mongin, Les Préférences Révélées et la Formation de la Théorie du Consommateur, 2000, *Revue économique*, Vol 51, n°5, "Revue économique." 1950-2000: Un demi-siècle en perspective, pp. 1125-1152). Ce choix se justifie pour plusieurs raisons. Cette théorie a un intérêt essentiellement économétrique, elle peut, sous certaines conditions, être équivalente à l'approche par les préférences (voir Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, p 14 ; H.S. Houthakker, Revealed Preference and the Utility Function, 1950, *Economica*, New Series, vol 17, pp 159-174), elle ne permet pas d'expliquer les comportements (Samuel Bowles, *Microeconomics*, op cit, p 100), elle pose de redoutables difficultés (par exemple, Amartya Sen, Behaviour and the Concept of Preference, 1973, *Economica*, New Series, Vol 40, n°159., pp. 241-259). Enfin, elle n'est pas revendiquée, à ma connaissance, en analyse économique du droit. Elle reste cependant intéressante sur le plan théorique. Elle révèle aussi la dimension de post rationalisation de certains concepts économiques.

préférences et des croyances est souvent postulée, autrement dit, l'évaluation préférentielle des conséquences ne dépend pas de la probabilité attribuée aux états.

L'analyse économique du droit n'est pas aussi rigoureuse et se contente d'une version moins technique et plus « maniable » de la rationalité (C). Elle conserve néanmoins en amont la théorie néoclassique.

Dans le modèle néoclassique de base, les croyances n'ont pas un rôle très important. En effet, on suppose souvent une information parfaite (il s'agit d'une condition de la concurrence pure et parfaite) : l'individu connaît et sait traiter l'information dont il dispose, il ne fait pas simplement que croire. Ainsi, l'individu connaît les conséquences de ses actions. Lorsqu'il ne peut pas les connaître précisément, l'univers reste probabilisable (univers risqué). L'incertitude radicale est souvent associée à d'autres approches économiques comme l'approche autrichienne²²⁹ ou celle des néokeynésiens. Il faudrait aussi mentionner les situations d'informations incomplètes. La rationalité ne visera donc plus que la substance de la décision et non le processus de décision. On parlera donc de rationalité substantielle pour caractériser la rationalité néoclassique²³⁰.

Avant de rentrer dans le détail de la signification de la rationalité, il est intéressant de noter que la théorie du choix rationnel en économie néoclassique ne s'intéresse qu'à une phase du processus de décision, à savoir une phase d'évaluation et de choix. En effet, le processus de décision présente en principe plusieurs « phases ». Pour reprendre la célèbre trichotomie de Simon : « *finding occasions for making a decision ; finding possible courses of action ; and choosing among courses of action* »²³¹. La théorie du choix rationnel néglige clairement les deux premières étapes²³² et, finalement, comme son nom l'indique, ne s'intéresse qu'aux choix. Pour reprendre Simon : « *Le décideur contemple et comprend de manière immédiate tout ce qui s'offre à lui. Il accède à l'ensemble des alternatives de choix possibles, non seulement dans le présent mais également dans le futur. Il comprend les conséquences de chacune des stratégies de choix possibles, au point d'être capable d'assigner des distributions de probabilité aux états du monde futurs. Il a confronté ou concilié toutes ces valeurs partielles contradictoires, et les a*

²²⁹ Il suffit de se reporter à l'œuvre de Hayek pour s'en convaincre. Voir aussi, Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, 1996, Routledge, Londres, 265 pages; Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, 1992, Transaction Publishers, Londres, 482 pages

²³⁰ Allen Newell et Herbert Simon, Computer Science as empirical inquiry: symbols and search, 1976, *Communications of the Association for Computing Machinery*, n°19, pp 113-126

²³¹ Herbert Simon, *The Shape of Automation for Men and Management*, 1965, Harper & Row, New York, 111 pages, p 54. Nous retrouvons une structuration différente chez Dewey (John Dewey, *How we Think*, [1910] 1997, Dover Publications, Mineola, 224 pages, spécialement p 72) mais il est clair que la théorie du choix rationnel ne s'intéresse pas à l'ensemble des problèmes.

²³² Ceci n'est pas sans conséquences comme nous aurons l'occasion de le montrer dans la seconde partie de notre thèse.

synthétisées dans une fonction d'utilité unique, qui ordonne tous les états du monde futurs, selon ses préférences»²³³.

Il s'agira pour nous de mieux comprendre et de préciser le contenu de cette affirmation mais aussi les implications sur la valeur des résultats proposés par l'analyse économique du droit : elle postule que les fins et les moyens sont donnés et il s'agit de les agencer.

A. Rationalité des préférences : la rationalité comme simple cohérence

La rationalité n'est autre, en économie néoclassique, que la maximisation de l'utilité sous contrainte(s). La théorie économique est donc emprunte d'utilitarisme et nous retrouvons chez Bentham des formulations du fonctionnement des individus qui sont proches de la conception néoclassique de la rationalité²³⁴. Ainsi, Bentham affirme que « *Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure... They govern us in all we do, in all we say, in all we think : every effort we can make to throw off our subjection, will serve but to demonstrate and confirm it.* »²³⁵. Les économistes partagent l'idée selon laquelle l'individu recherche plutôt le plaisir que la souffrance. Cependant, la notion d'utilité est souvent remplacée par la notion de satisfaction afin de ne pas confondre utilité ordinale et cardinale²³⁶.

Tout aurait pu être très simple en économie si cette « utilité » était mesurable et s'il existait une échelle objective de mesure de celle-ci, les fameux « utils » permettant de réaliser de véritables calculs (nous analyserons les liens entre la théorie de Bentham et la maximisation de la richesse de Posner dans le second chapitre de ce titre). Bentham, lui-même, reconnaissait les difficultés pour établir une telle échelle de valeur « objective »²³⁷ et les économistes ont renoncé à une approche de la maximisation d'une utilité quantifiable sur une échelle unique.

Les économistes actuels ne renoncent pas pour autant à l'idée de maximisation de l'utilité (ou de l'utilité espérée) mais l'utilité ne fait que dériver d'une structure de préférences et de croyances particulières ; celle-ci est « postulée » afin d'obtenir des résultats mathématisables. Autrement dit,

²³³ Herbert Simon, *Administration et Processus de Décision*, 1983, Economica, Paris, 322 pages, p 13

²³⁴ Sur ce point, voir Paul Kelly, Bentham, Jeremy, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 1, pp 156-161, spécialement p 157

²³⁵ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780, T. Payne, London, 378 pages, p 1. Gary Becker (*The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 8) ne dit rien de moins.

²³⁶ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 42 spécialement où Posner considère que, pour Bentham, les individus agissent comme maximisateurs de leurs satisfactions dans tous les aspects de leur vie.

²³⁷ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op cit, chapitres III à VII notamment sont consacrés aux éléments à prendre en compte dans le « calcul ».

il est possible de conserver les résultats de l'utilitarisme sans supposer que l'individu est capable d'affecter directement une « utilité » à chaque option.

Ainsi, si nous respectons une certaine axiomatique concernant les préférences, il sera possible de construire une courbe d'utilité ordinale et de percevoir les choix rationnels comme ceux maximisant l'utilité. Ceci a été démontré par Gérard Debreu dans le cas d'un univers certain²³⁸, par Von Neumann et Morgenstern²³⁹ dans le cas d'un univers risqué et par Savage²⁴⁰ dans le cas d'un univers incertain²⁴¹. Nous ne reviendrons pas ici sur le détail des démonstrations.

L'axiomatique moderne de la rationalité peut remonter à Pareto²⁴² mais résulte principalement des travaux de Debreu, Arrow²⁴³ et de Von Neumann et Morgenstern²⁴⁴. La structure de préférences est à la base de la définition du comportement rationnel. Avant de présenter la structure des préférences en économie néoclassique (2) et de nous intéresser à la fonction d'utilité et aux courbes d'indifférences (3), nous nous pencherons tout d'abord sur l'identification des préférences (1).

1. Identification des préférences

a. Nous n'avons pas encore défini ce que nous entendons par « préférences ». Cette notion est rarement explicitée dans les manuels de microéconomie. Ces derniers évoquent « la relation de

²³⁸ Gerard Debreu, *Theory of Value*, 1959, John Wiley & sons, New York, 114 pages, pp 54-59; Gerard Debreu, *Théorie de la Valeur*, 1984, Dunod, Paris, 174 pages, pp 53-79

²³⁹ John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, pp 15-31

²⁴⁰ Leonard Savage, *Foundations of Statistics*, op cit

²⁴¹ Un univers est dit certain si chaque action entraîne invariablement le même résultat. Un univers est dit risqué lorsque chaque action peut conduire à différents résultats dont on connaît les probabilités d'occurrence. Un univers est dit incertain lorsqu'on ne dispose pas de probabilités ou qu'elles ne sont pas connues. Sur ce point, voir, John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, op cit, p 22 ; Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decision*, [1957] 1985, Dover Publications, Mineola, 509 pages, p 13. Nous ne nous intéresserons pas ici à l'axiomatisation en univers incertain. Il suffit de noter simplement que Savage utilise les travaux de Von Neuman et Morgenstern et de Ramsey (Frank Ramsey, *Truth and Probability*, 1926, in Frank Ramsey, *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, 1931 ? Kegan Paul, trench, trubner & co, 292 pages, pp 156-198). Nous reviendrons sur l'univers incertain et sur le problème des croyances dans la suite de notre analyse. Les axiomes que nous avançons restent valables pour les croyances.

²⁴² Vilfredo Pareto, *Manuel d'Economie Politique*, 1927, M Giard, Paris, 695 pages

²⁴³ Kenneth Arrow, *Social Choices and Individual Values*, op cit, spécialement pp 9-17

²⁴⁴ John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit

préférences »²⁴⁵ sans en définir les termes. Certains auteurs emploient indistinctement préférences et désirs²⁴⁶.

Afin d'être précis, il convient de distinguer les préférences *in abstracto* et les préférences *in concreto*²⁴⁷. Les préférences *in abstracto* sont les paramètres, à l'exception des croyances et des capacités, qui permettent d'expliquer la relation de préférences (ils sont nécessaires à sa fondation). On y retrouve les goûts, les habitudes, la culture, les normes sociales, etc...²⁴⁸; beaucoup d'économistes semblent se limiter à l'équivalence entre préférences et goûts²⁴⁹. Les préférences *in concreto* se résument à la description d'une relation de préférences. On pourrait dire que les préférences *in abstracto* concernent la règle générale alors que les préférences *in concreto* visent l'application de la règle à une situation particulière²⁵⁰. La préférence *in abstracto* fondamentale est que l'individu cherche sa satisfaction; on y retrouve aussi les éléments à prendre en compte pour « évaluer » cette satisfaction.

L'hypothèse selon laquelle l'individu est « *self interested* » ou égoïste est souvent ajoutée. Edgeworth a formulé ce principe sans ambiguïté : « *The first principle of economics is that every agent is actuated only by self interest* »²⁵¹. Cette idée remonte certainement à Adam Smith même si elle ne

²⁴⁵ Par exemple, Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, pp 5-6; Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 27; Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, 2000, De Boeck Université, Tournai, 774 pages, p 42.

²⁴⁶ Maurice Lagueux, *L'Agent Economique, Rationalité Maximale ou Minimale ?*, 2005, Cahiers d'Epistémologie, 2005-06, disponible sur <http://www.unites.uqam.ca/philo/recherche/grec/grec.html>, p 15

²⁴⁷ Cette distinction n'est pas explicitement faite par les économistes. Cependant, et nous reviendrons sur ce point, on peut retrouver une telle distinction dans Gary Becker et George Stigler, De Gustibus Non Est Disputandum, 1977, *The American Economic Review*, vol 67, n°2, pp 76-90

²⁴⁸ Samuel Bowles, *Microeconomics*, op cit, pp 99-100

²⁴⁹ Par exemple, David Begg, Stanley Fischer et Rudiger Dornbusch, *Microéconomie*, 2002, Dunod, Paris, 392 pages, p 83

²⁵⁰ Je peux préférer me déplacer vite mais selon les circonstances, je vais préférer utiliser un deux roues, une voiture, un bateau ou un avion. Il est techniquement possible de construire une « échelle » de préférences en décomposant par exemple la préférence pour l'utilisation de la voiture en une préférence pour une marque particulière ou un confort particulier, etc... De la même manière, si je préfère aller vite, c'est que j'ai une préférence plus profonde qui est satisfaite lorsque je vais vite. L'idée de la pyramide de Maslow, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, est ici pertinente. Dans le cadre de l'analyse économique du droit, il est possible d'avoir une préférence pour le respect du droit qui ne sera pas toujours valide en fonction des circonstances.

²⁵¹ Francis Edgeworth, *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, 1881, Kegan Paul, London, 150 pages, p 16

résulte que d'une lecture partielle de son œuvre²⁵². L'analyse économique du droit, nous y reviendrons, embrasse cette hypothèse.

Dans tous les cas, on suppose que l'individu ne s'intéresse qu'aux conséquences de ses actes et qu'il n'agit qu'en raison d'un but. La relation de préférences ne se réalise qu'en fonction des préférences sur les conséquences des différentes options. L'approche économique du comportement individuel est donc conséquentialiste.

Grâce à ses préférences, l'individu va pouvoir classer les différentes options qui s'ouvrent à lui et ainsi définir une relation de préférences. Se pose alors la question de savoir comment il va réussir à classer les différentes alternatives. Il ne peut pas utiliser sa fonction d'utilité puisque ce sont les préférences qui permettent de la déterminer (sauf à supposer l'existence d'une « fonction » d'utilité subjective)²⁵³. Il ne peut pas non plus dire qu'il préfère parce que l'utilité est plus grande dans la mesure où dire que l'utilité est plus grande signifie qu'il préfère. D'une manière générale les économistes sont muets sur le sujet. Il semblerait que la relation de préférences ne s'établisse que sur une comparaison du « pour » et du « contre » de chacune des options, de leur(s) attrait(s)²⁵⁴ sans que le fondement de la possibilité de cette comparaison ne soit explicité. A la limite, il serait possible de considérer que l'économiste, qui n'a pas accès à la « fonction »²⁵⁵ d'utilité subjective de l'individu, souhaite reconstruire celle-ci grâce aux préférences de l'individu, ou souhaite pouvoir attribuer « objectivement » un « indice » d'utilité à chacune des options. La volonté des économistes de s'écarter de l'utilitarisme classique est donc loin d'être un franc succès : pour que les préférences soient cohérentes, il est nécessaire qu'elles aient une logique mais l'origine de cette logique n'est pas développée. Comme, par ailleurs, la plupart des économistes ne parlent que de préférences pour introduire la fonction d'utilité et se concentrent ensuite sur cette dernière²⁵⁶, il est possible de considérer qu'ils postulent le raisonnement

²⁵² On retient ainsi généralement *La Richesse des Nations* (Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, [1776] 1977, Chicago University Press, Chicago, 2 volumes en 1, 1152 pages, par exemple vol 1, livre IV, chapitre 2, p 477) en oubliant *La Théorie des Sentiments Moraux* (par exemple Adam Smith, *La Théorie des Sentiments Moraux*, [1759] 2003, PUF, Paris, Quadrige, 480 pages). Sur ce point, voir par exemple Joseph Cropsey, *Polity and Economy*, 2001, Saint Augustine's Press, South Bend, 168 pages, spécialement pp 150-166

²⁵³ Ce point est souligné par Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decision*, op cit, pp 31-32 ; Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, pp 63-64 ; Par contre, la confusion est faite par David Begg, Stanley Fischer et Rudiger Dornbusch, *Microéconomie*, op cit, p 83

²⁵⁴ Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, p 42

²⁵⁵ Le terme n'est pas entendu ici au sens mathématique. En effet, ceci ne serait possible que si la représentation par une fonction d'utilité particulière était la seule. Comme certaines « contraintes » pèsent sur la relation de préférences, il est possible que ce soit le cas. Il est préférable d'y voir un postulat permettant une meilleure utilisation des outils mathématiques.

²⁵⁶ Sur ce point, il suffit de se reporter à n'importe quel manuel de microéconomie.

utilitariste et l'existence d'une « quasi » fonction d'utilité subjective. L'axiomatique des préférences n'est donc là que pour faciliter les résultats mathématiques.

b. Les économistes néoclassiques ne s'intéressent pas directement à l'origine des préférences, par « *souci méthodologique de séparer les difficultés* »²⁵⁷. Ainsi, et nous partageons le point de vue de Laslier, « *le fait que les préférences sont traitées par la théorie économique comme des paramètres libres et fixes est un point important, qui donne à cette théorie des allures de théorie philosophique de l'action humaine* »²⁵⁸. L'explicitation de cette affirmation constituera d'ailleurs une idée maîtresse de notre thèse.

Boudon fustige la théorie économique en mettant en avant son « *incapacité à rendre compte – ou plutôt son parti pris de ne pas chercher à rendre compte – des préférences des agents sociaux* »²⁵⁹. Une telle affirmation renferme deux idées : pour les économistes, les préférences sont des « variables »²⁶⁰ exogènes (1) et ces préférences peuvent avoir n'importe quel contenu (2). Techniquement, il faudrait ajouter deux idées supplémentaires : les préférences sont stables et les individus homogènes²⁶¹. Nous ne nous intéresserons ici qu'aux deux premières idées, les deux suivantes n'ayant un intérêt que pour la construction d'une « science économique ». Nous nous y pencherons lorsque nous nous intéresserons au statut épistémologique de la rationalité.

1. Becker reconnaît ce point : « *Economists have had little to contribute, especially in recent times, to the understanding of how preferences are formed* »²⁶². Ceci ne signifie pas, bien évidemment, que l'interrogation sur la formation des préférences ne permettrait pas une meilleure compréhension et prédiction des comportements humains²⁶³. On retrouve ici une séparation technique (et schématique) entre économie néoclassique et sociologie. Pour reprendre la caricature proposée

²⁵⁷ Alban Bouvier, *Les Modèles Economiques des Acteurs Sociaux*, 2005, In Alain Leroux et Pierre Livet, *Leçons de Philosophie Economique*, tome 1, 2005, Economica, Paris, 443 pages, pp 41-82, spécialement p 75

²⁵⁸ Jean François Laslier, *La Rationalité Economique*, 2005, In Alain Leroux et Pierre Livet, *Leçons de Philosophie Economique*, tome 1, op cit, pp 165-181. Il faudrait souligner l'emploi de l'expression « *théorie philosophique de l'action humaine* » à laquelle nous adhérons.

²⁵⁹ Raymond Boudon, *La Logique du Social, introduction à l'analyse sociologique*, 1979 Hachette, l'esprit critique, Paris, 275 pages, p 233

²⁶⁰ En fait, une définition non tautologique de la rationalité suppose des préférences relativement stables... nous reviendrons sur ce point par la suite.

²⁶¹ Une hétérogénéité est tolérée mais celle-ci ne peut pas être trop importante pour rester « maniable » par les outils de l'économie. Elle ne concerne d'ailleurs pas nécessairement les préférences *in abstracto*.

²⁶² Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 5

²⁶³ Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 14

par Elster, l'homo economicus pourrait être perçu comme un atome asocial et autosuffisant tandis que l'homo sociologicus serait le jouet stupide des forces sociales²⁶⁴. L'un fait des choix, l'autre n'est qu'une « victime » de son déterminisme. Il serait nécessaire de rechercher une voie médiane mais celle-ci est difficilement « mathématisable » de façon simple.

Les économistes s'intéressent donc au choix et non au déterminisme de ces choix à travers l'identification des facteurs permettant de modifier les préférences et donc la relation de préférences. Les préférences sont considérées comme des « variables exogènes », des données dont l'origine n'a plus d'intérêt lorsqu'il s'agit de réaliser un choix alors qu'elles sont nécessaires pour « fonder » le raisonnement. Dussenberry aurait formulé une boutade sur le sujet : « *l'économie n'est pas autre chose que l'étude de la façon dont les gens font des choix ; la sociologie n'est rien d'autre que l'étude de la façon dont ils s'arrangent pour ne pas avoir de choix à faire* »²⁶⁵. Le postulat de l'information parfaite suppose, comme le remarque justement Hayek, que les préférences ne peuvent pas être modifiées par de nouvelles informations²⁶⁶.

Il serait faux de croire que le champ de la sociologie économique est vide²⁶⁷. Néanmoins, ce champ est effectivement vide si nous nous en tenons à l'économie néoclassique.

En analyse économique du droit, le désintérêt pour la formation des préférences est beaucoup plus critiquable. Certains travaux, ne relevant généralement pas de la tradition néoclassique, tentent ainsi de mettre en exergue la fonction « expressive » du droit²⁶⁸, l'importance des normes

²⁶⁴ Jon Elster, Social Norms and Economic Theory, 1989, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol 3, N°4, pp 99-117, spécialement p 99

²⁶⁵ Boutade rapportée par Jean Pierre Dupuy, *Sciences Sociales et Sciences Cognitives, Limites de la Rationalité et Nature du Lien Social*, Cours dispensé à l'Ecole Polytechnique et à l'EHESS, département des humanités et sciences sociales, exemplaire privé, 124 pages, p 6

²⁶⁶ Friedrich Hayek, The Meaning of Competition, 1946, in Friedrich Hayek, *Individualism and Economics Order*, op cit, pp 92-106

²⁶⁷ Des auteurs comme Karl Polanyi, Mark Granovetter, Veblen, et une partie des chercheurs affiliés à l'économie des conventions s'intéressent à ce genre de problème. Nous aurons l'occasion de revenir sur les approches proposées par ces auteurs. Pour une illustration, voir Luc Boltanski et Laurent Thevenot, *De la Justification. Les Economies de la Grandeurs*, 1991, Gallimard, Paris, 483 pages

²⁶⁸ Pour une introduction sur ce sujet, voir, Robert Cooter, Expressive Law and Economics, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, n°2, pp 585-608 ; Richard MacAdams, A Focal Point Theory of Expressive Law, 2000, *Virginia Law Review*, Vol. 86, n°8, Symposium: The Legal Construction of Norms, pp. 1649-1729. Pour une critique de ces approches, voir par exemple Matthew Alder, Expressive Theory of Law, a skeptical overview, 2000, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, n°5, pp. 1363-1501. Une réponse à cet article est parue : Elizabeth Anderson et Richard Pildes, Expressive Theory of Law, a general restatement, 2000, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, N°5, pp. 1503-1575.

sociales²⁶⁹... et finalement le rôle des normes dans la modification des préférences ou de la perception des options²⁷⁰. Selon ces théories, le simple fait d'exprimer la norme (et donc la simple existence d'une « norme » reconnue comme telle) aurait un impact sur l'équilibre général de la société.

Néanmoins, comme nous aurons l'occasion de le souligner, le droit, en analyse économique du droit « traditionnelle », ne dispose pas, bien souvent, d'une dimension normative ; le respect du droit ne s'impose pas par sa qualification de droit. Cependant, il est possible de démontrer, en utilisant un modèle évolutionnaire, que le respect des normes pour elles-mêmes peut être rationnel²⁷¹.

Négliger l'origine des préférences, c'est oublier que l'individu est inscrit dans une société disposant d'une culture et de normes. La différence d'approche du droit entre le mouvement *Law & Economics* et le mouvement *Law and Society*²⁷² en témoigne. Il ne faut donc pas oublier que l'analyse économique du droit ne nous présente qu'une possibilité d'interprétation de la conduite des individus.

2. La possibilité d'inclure ce que l'on souhaite dans les préférences est mise en évidence par Shavell : « *it [la relation de préférences] incorporates in a positive way everything that an individual might value – goods and services that the individual can consume, social and environmental amenities, personally held notions of fulfillment, sympathetic feelings for others, and so forth* »²⁷³. Cette idée est assez facile à comprendre mais risque, comme nous le verrons, de conduire à une définition tautologique de la rationalité : l'axiomatique concernant la relation de préférences, ne concerne que la structure de cette relation et non le contenu. Dès lors, tout peut entrer dans les préférences (et par voie de

²⁶⁹ Par exemple et pour introduire aux problématiques, Eric Posner, *Law and Social Norms*, 2000, Harvard University Press, Cambridge, 260 pages; Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, 1986, *Stanford Law Review*, Vol. 38, N°3, pp. 623-687; Jon Elster, *Social Norms and Economic Theory*, 1989, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol 3, N°4, pp 99-117. Signalons enfin, Eric Posner (eds), *Social Norms, Nonlegal Sanctions, and the Law*, 2007, Edward Elgar Pub, Northampton, 688 pages. Ce dernier ouvrage regroupe un ensemble d'articles touchant spécifiquement la relation entre l'analyse économique du droit et les normes sociales (voir spécialement la première partie sur les théories générales).

²⁷⁰ L'approche dite du *Behavioral Law and Economics* touche en partie ces questions.

²⁷¹ Par exemple, Ken Binmore, *Natural Justice*, 2005, Oxford University Press, Oxford, 207 pages. Nous reviendrons sur ces approches à plusieurs reprises dans notre thèse.

²⁷² Sur ce mouvement, voir par exemple Lawrence Friedman, *The Law and Society Movement*, 1986, *Stanford law review*, Vol 38, pp.763-780; Bryant Garth, Joyce Sterling, *From Legal Realism to Law and Society. Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State*, *Law and society review*, Vol 22, n°2, 1998, pp. 409-471

²⁷³ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, p 18

conséquence dans la fonction d'utilité). Becker est limpide sur ce point : « *The analysis assumes that individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic* »²⁷⁴. Un individu qui décide de s'automutiler n'est donc pas irrationnel de ce simple fait car il peut avoir une préférence pour l'automutilation. Autrement dit, il n'y a pas de préférence irrationnelle en soi, seule compte la relation de préférences et la prédictibilité des actions. Il est possible de conserver l'hypothèse selon laquelle les individus sont « égoïstes » mais cet égoïsme est alors très particulier. Il est même possible de s'interroger sur le statut d'externalité d'un tel phénomène²⁷⁵. *La rationalité néoclassique n'est donc pas un concept « moral » mais un concept logique.*

Remarquons dès à présent que cette définition insiste sur une relation de préférences une fois que les éléments à classer ont été déterminés. L'économie ne s'intéresse donc pas à l'identification des différentes possibilités. On suppose, lorsque l'information est parfaite, que l'agent économique est capable de dénombrer tous les états de la nature possible et de connaître toutes les options qui s'ouvrent à lui ainsi que leurs conséquences. Moins radicalement, le choix doit se réaliser parmi les options possibles identifiées par l'agent économique ou « imposées » à lui de façon extérieure.

2. La structure de la relation de préférences en économie néoclassique

Une relation de préférences d'un individu est dite rationnelle (au sens technique) si elle est transitive et complète. La condition de rationalité est d'ordre formel. Ainsi Rawls a pu écrire que « *on se représente un individu rationnel comme ayant un ensemble cohérent de préférences face aux options disponibles* »²⁷⁶. La cohérence est même l'élément minimal d'une définition de la rationalité en économie²⁷⁷, mais cet élément minimal n'est pas suffisant. Notons dès à présent qu'on ne peut parler de rationalité que dans la relation de préférences et non pour une préférence particulière. La rationalité de la relation de préférences correspond globalement à la cohérence dans les préférences entre les différentes options. Par commodité, lorsque nous parlerons de préférences, nous ne nous intéresserons qu'à la relation de préférences ; aux préférences déjà définies entre les différentes options.

²⁷⁴ Gary Becker, Nobel Lecture : The Economic Way of Looking at Behavior, 1993, *The Journal of Political Economy*, Vol. 101, N°3, pp. 385-409, p 386

²⁷⁵ Nous reviendrons sur l'importance des externalités et leur influence sur la théorie économique de l'équilibre générale.

²⁷⁶ John Rawls, *Théorie de la Justice*, 1987, Seuil, Paris, 666 pages, p 40

²⁷⁷ Herbert Hovenkamp, Rationality in Law and Economics, in *The George Washington Law Review*, 1992, vol 60, n°2, pp 293-338, spécialement p 295.

On ajoute généralement quelques principes supplémentaires afin de permettre une utilisation plus efficace des outils mathématiques et une représentation plus « normale » des préférences²⁷⁸. Nous ne critiquerons pas ici les différents axiomes, nous ne chercherons qu'à les expliciter. Ils nous permettront par la suite d'envisager les conséquences de la transposition du principe de rationalité dans le domaine du droit via l'analyse économique du droit.

Il semble nécessaire de citer ici Von Neumann et Morgenstern explicitant le choix de leur axiomatique : « *The axioms should not be too numerous, their system is to be as simple and transparent as possible, and each axiom should have an immediate intuitive meaning by which its appropriateness may be judged directly* »²⁷⁹.

a. Des préférences cohérentes : l'existence d'un préordre complet sur la relation de préférences

Une relation de préférences constitue un préordre complet si la relation de préférences est complète et transitive.

1. Les préférences d'un individu sont transitives si lorsqu'un individu préfère l'option A à l'option B et l'option B à l'option C, il préfère l'option A à l'option C. De la même manière, s'il est indifférent entre l'option A et l'option B et entre l'option B et l'option C, il est indifférent entre l'option A et l'option C. On suppose aussi que les préférences sont réflexives et que donc l'individu est indifférent entre l'option A et l'option A (cette condition est avant tout une condition mathématique et peut sembler triviale).

Cette condition de transitivité semble « logique » au niveau individuel, ou du moins tout à fait probable²⁸⁰. Il serait difficile de concevoir une situation dans laquelle l'intransitivité dans les préférences d'un individu semblerait rationnelle puisqu'un risque de cycle pourrait apparaître : si je préfère A à B, B à C puis C à A, comment faire un choix ? Nous montrerons cependant que les expériences en laboratoire remettent en cause le principe de transitivité. De même, cette

²⁷⁸ Par exemple Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, p 6, mais tout manuel de microéconomie développe les mêmes points ; par exemple Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, pp 41-61, spécialement p 53 pour la « normalité » des préférences. Le développement le plus détaillé en ce qui concerne ces points se trouve dans John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, 1977, Cambridge University Press, Cambridge, 338 pages, spécialement dans le chapitre 3, pp 22-47. Nous renvoyons à cette dernière référence pour un développement mathématique détaillé et distinguant les différents axiomes nécessaires dans les situations de certitude, risque et incertitude.

²⁷⁹ John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, p 25

²⁸⁰ Ce qui ne veut pas dire que temporellement ces préférences in concreto ne peuvent pas s'inverser. Voir par exemple Jon Elster, *Agir Contre Soi, La Faiblesse de Volonté*, 2007, Odile Jacob, Paris, 151 pages.

transitivité, pour avoir un réel pouvoir explicatif suppose une stabilité des préférences suffisante (sans quoi elle est plus un postulat qu'une véritable condition).

L'idée de cette condition est qu'un individu doit pouvoir choisir²⁸¹ ; si un cycle existe, son choix sera purement arbitraire du point de vue logique, du moins si le cycle intègre l'ensemble des options envisagées. Autrement dit, *cet axiome est une condition à l'idée de maximisation de l'utilité et à l'existence d'un optimum*. Si l'acyclicité ne concerne qu'un sous-ensemble d'options toutes inférieures à d'autres options, le problème du choix entraîné par la non transitivité n'existe plus (si nous supposons que seule la meilleure option est choisie). Dans ce dernier cas, la condition de transitivité peut sembler exagérée. Néanmoins, ceci joue un rôle important pour l'utilisation de la théorie.

2. Les préférences d'un individu sont complètes si face à deux options quelconques A et B de l'ensemble des options possibles, l'individu est capable de dire s'il préfère A, s'il préfère B ou s'il est indifférent entre les deux options. Ce principe signifie que l'individu est capable de classer deux à deux l'ensemble des options qui s'ouvrent à lui. Cette condition est aussi appelée par Harsanyi « principe de trichotomie » dans la mesure où face à 2 options, il n'existe que trois choix possibles : l'option 1 est préférée, ou l'option 2 ou les deux options sont indifférentes²⁸². L'individu doit être capable de faire des choix et donc d'évaluer les différentes options qui s'offrent à lui.

Cette condition est assez forte. Nous reviendrons sur les violations expérimentales de ce principe dans la suite de notre thèse. Notons dès à présent qu'intuitivement, il semble souvent délicat d'ordonner l'ensemble de nos préférences (notamment dans des situations « tragiques »²⁸³) et qu'il est rare de comparer deux à deux chacune de nos options avant de prendre une décision (nous agissons alors sur la base d'heuristiques simples). Plus généralement, cette condition suppose la comparabilité des options et donc l'unidimensionnalité (ou au moins l'unidimensionnalisation) du critère de choix.

De même, ce principe sous entend que l'ensemble des options est connu ce qui devient rapidement contestable dans un univers « incertain ». Plus précisément, si nous acceptons le fait

²⁸¹ Gordon Tullock, *The Irrationality of Intransitivity*, 1964, *Oxford Economic Papers*, vol 16, pp 401-406, spécialement p 403; voir aussi Paul Anand, *The Philosophy of Intransitive Preferences*, 1993, *The Economic Journal*, vol 103, n°417, pp 337-346; Frederic Schick, *Dutch Bookies and Money Pumps*, 1986, *The Journal of Philosophy*, vol 83, pp 112-119

²⁸² John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, op cit, p 28-29

²⁸³ Avoir le choix entre sauver sa femme et sauver ses enfants par exemple.

que le choix ne se fait qu'entre des options identifiées, la rationalité néoclassique ne nous permettrait pas de savoir si la procédure d'identification est elle-même rationnelle.

Finalement ces deux principes visent à assurer une cohérence globale dans les préférences d'un individu.

b. Axiome de continuité

Cet axiome peut s'exprimer de plusieurs façons. Nous retiendrons ici la formulation proposée par Luce et Raiffa²⁸⁴ dans la mesure où celle-ci est plus intuitive qu'une formulation purement mathématique²⁸⁵. Cette condition est une condition purement technique.

Les préférences sont continues si, lorsqu'on préfère l'option A à l'option B et l'option B à l'option C, il existe un mélange de l'option A et de l'option C pour lequel l'individu est indifférent avec l'option B. L'idée est donc qu'il existe une relation de dépendance continue entre « l'utilité espérée » d'une option et une probabilité. En avenir certain où la probabilité est égale à un, la continuité signifie intuitivement qu'un léger changement dans les caractéristiques d'une option n'entraîne qu'un léger changement concernant sa désirabilité (par exemple, une légère augmentation de la sanction va dissuader un petit nombre de « criminels » potentiels²⁸⁶). Cet axiome renforce l'idée de cohérence dans la relation de préférences.

c. principe de la chose sûre ou d'indépendance

Le principe de la chose sûre est issu des travaux de Savage²⁸⁷. On parle aussi d'indépendance des options non cohérentes (*independence of irrelevant alternatives*) ou de monotonie en prix (*monotonicity in prices*²⁸⁸) ou encore de substitution²⁸⁹, même si le principe de la chose sûre est en fait plus « faible » que ces derniers principes²⁹⁰. Chacun exprime à peu près la même idée.

²⁸⁴ Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decisions*, op cit, 27; les auteurs interprètent l'axiomatique de Von Neumann et Morgenstern (*The Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, p 26-27, axiome 3Bc et 3Bd).

²⁸⁵ pour une telle formulation et différentes présentations, comparer John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 31 (avenir certain), 33 (avenir risqué), et la remarque p 44.

²⁸⁶ Par contre, si une sanction ne s'applique qu'après un certain niveau (de négligence par exemple), il existera une discontinuité.

²⁸⁷ Leonard Savage, *Foundations of Statistics*, op cit, pp 21-26

²⁸⁸ John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 33

²⁸⁹ Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decisions*, op cit, p 27

²⁹⁰ John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 33. Pour d'autres personnes, le principe de la chose sûre et l'indépendance sont équivalents (Denis Bouyssou et Marc Pirlot, Un cadre axiomatique commun

Ce principe signifie que si l'individu préfère l'option A à l'option B pour chacun des états de nature considéré comme certain, il continuera à préférer²⁹¹ l'option A à l'option B lorsqu'il ignore quel état de nature se produira. Sous une autre formulation, on pourrait dire que si on préfère la prime A à la prime A', et que nous nous trouvons face à deux loteries dont les primes sont toutes identiques à l'exception que dans la première on trouve la prime A et que dans la seconde on trouve la prime A', chacune avec la même probabilité non nulle, on devrait préférer la première loterie.

Afin de mieux comprendre ce principe, Savage donne l'illustration suivante : « *A businessman contemplates buying a certain piece of property. He considers the outcome of the next presidential election relevant. So, to clarify the matter to himself, he asks whether he would buy if he knew that the Democratic candidate were going to lose, and decides that he would. Similarly, he considers whether he would buy if he knew that the Republican candidate were going to lose, and again finds that he would. Seeing that he would buy in either event, he decides that he should buy, even though he does not know which event will obtain. ... It is all too seldom that a decision can be arrived at on the basis of this principle, but I know of almost no other extralogical principle governing decisions that finds such ready acceptance* »²⁹².

Cet axiome est un de ceux qui a reçu le plus de critiques sur la base de la psychologie expérimentale car il présuppose la connaissance et l'utilisation des règles mathématiques liées aux probabilités. Ainsi, l'identification de « la chose sûre » n'est pas toujours aisée²⁹³.

d. non saturation et convexité

Afin de considérer les préférences comme « normales », on ajoute deux « principes » supplémentaires : le principe de non satiété (ou de non saturation) et le principe de convexité²⁹⁴. Ces deux principes ne sont pas strictement nécessaires pour la détermination des fonctions

pour la théorie de l'utilité espérée et la théorie de la décision qualitative, in Collectif, *Rencontres francophones sur la logique floue et ses applications*, 2004, Cepadues-Éditions, Toulouse, 400 pages, pp 355-362, p 356)

²⁹¹ En fait et contrairement au principe d'indépendance, la préférence est relative dans le cas du principe de la chose sûre, et stricte dans le cas du principe d'indépendance.

²⁹² Leonard Savage, *Foundations of Statistics*, op cit, p 21

²⁹³ Voir par exemple nos développements sur le Paradoxe de Allais et sur le *framing effect*.

²⁹⁴ Par exemple Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, pp 42-44. Notre présentation est légèrement différente afin d'être plus « intuitive ».

d'utilité mais sont fondamentaux pour le modèle de l'équilibre général. Pour certains ces axiomes sont équivalents²⁹⁵.

Le principe de non satiété signifie qu'un individu préfère toujours, toutes choses égales par ailleurs, plus à moins en ce qui concerne un bien, un service, etc. Ainsi, on suppose qu'entre un voyage et deux voyages, l'individu préférera deux voyages ; ou qu'entre une pomme et deux pommes, l'individu préférera 2 pommes. Ce principe est tout à fait probable, si on donne le choix à un individu entre 1 et 2 unités d'un bien, il semble raisonnable qu'il préfère deux unités.

Il serait tout à fait possible de trouver des « biens » pour lesquels ce ne soit pas le cas (et pour lesquels donc, moins est préféré à plus), les années de prison par exemple. Dans un tel cas néanmoins, on peut modifier le « bien » en années de libertés afin que le principe reste valable (nous pouvons d'ailleurs toujours transformer un bien positif en un bien « négatif »).

Le « principe » de convexité touche les échanges qu'un individu peut réaliser entre différents biens sans perte d'utilité. Il s'agit de la décroissance du taux marginal de substitution. Autrement dit, pour une consommation initiale de pommes et d'oranges, il faudra de plus en plus d'unité d'un des biens pour compenser la perte d'une unité d'un autre. Si par exemple je dispose de 10 pommes et 10 oranges, et en supposant qu'il soit possible de les diviser à l'infini, il me faudra plus d'une unité d'oranges (pommes) pour compenser la perte d'une unité de pommes (oranges). Cette hypothèse signifie aussi une préférence pour la diversité dans la consommation (ou un « goût pour les mélanges ») mais aussi une unidimensionnalisation possible des caractéristiques des biens. Les économistes considèrent aussi que tout bien est désirable²⁹⁶.

Ce principe de convexité résulte du principe de l'utilité marginale décroissante selon lequel l'utilité de la dernière unité de bien est inférieure à l'utilité de l'avant dernière unité (passer de 0 à 1 année de prison est plus gênant que de passer de 10 à 11 années ou de 20 à 21 années. Le même raisonnement peut être fait en ce qui concerne les amendes, plus l'amende est importante, plus l'effet dissuasif d'une légère augmentation tendra à diminuer). La découverte de ce principe remonte à Bernoulli et à sa résolution en 1738 du fameux paradoxe de Saint Petersburg²⁹⁷.

²⁹⁵ Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, pp 54-55

²⁹⁶ Ceci permet que les courbes d'indifférences soient asymptotiques aux axes.

²⁹⁷ pour un détail du paradoxe, voir par exemple Allen Ceasar, The Saint Petersburg Paradox and Some Related Series, in *The Two-Year College Mathematics Journal*, 1981, Vol. 12, No. 5., pp. 306-308; voir aussi Mohammed Abdellaoui, Rational Choice under Uncertainty, in Paul Bourguine et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, 2004, Springer Verlag, Berlin, 479 pages, pp 15-32, spécialement p 16-17

Cette hypothèse joue un rôle essentiellement technique en ce qu'elle permet de justifier la forme des courbes d'indifférence et simplifie certaines démonstrations. L'existence de l'équilibre général (plus précisément du vecteur prix d'équilibre) repose d'ailleurs en partie sur l'absence de non-convexité²⁹⁸.

Si la relation de préférences d'un individu respecte toutes ces conditions, il sera possible de construire une courbe d'utilité ordinale disposant de certaines caractéristiques et le choix de l'individu pourra être considéré comme une maximisation de son utilité ou de son utilité espérée.

3. la fonction d'utilité et les courbes d'indifférence

Les fonctions d'utilité et les courbes d'indifférence sont au cœur de la théorie économique et notamment de la théorie des choix ; elles servent aux calculs des optima. Notons dès à présent que dire qu'un individu dispose d'une fonction d'utilité, c'est dire qu'il est rationnel qu'il est capable d'agir conformément à ses préférences. Ces différentes courbes permettent d'analyser les choix d'un individu face à une modification de sa situation et permettent de déterminer certains types d'évolution. La mesure sert uniquement la volonté d'une approche scientifique de la discipline²⁹⁹.

a. Une fonction d'utilité traduit le fait que l'ensemble des options se voit attribuer, sur une échelle de « valeur » arbitraire, un nombre. En effet, dès lors qu'il n'existe pas une échelle « naturelle » et un système de mesure permettant d'analyser « l'utilité » des individus d'une façon objective, la seule solution est la représentation abstraite de l'utilité via le lien de préférence. Autrement dit, la fonction d'utilité doit traduire le fait que si on préfère A à B, l'utilité de A est supérieure à l'utilité de B³⁰⁰. La représentation graphique ne fait que tenir compte du classement des préférences (on ne connaît que la relation du type « est préféré à » ou « est indifférent à ») et ne nous dit rien sur la valeur de ces préférences (du moment que le nombre associé à A est supérieur à celui associé à

²⁹⁸ Sur les conséquences de la non convexité des préférences, voir Bernard Salanié, *Microeconomics of Market Failures*, 2000, MIT press, Cambridge, 219 pages, pp 107-125

²⁹⁹ Sur ce point, voir notamment John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, p 20. Les auteurs ont bien conscience qu'une construction d'une fonction d'utilité est impossible et que l'individu ne calcule pas les utilités mais dans le but d'atteindre une meilleure scientificité, il est nécessaire d'obtenir des « nombres ».

³⁰⁰ Ce point est important, on préfère A à B non pas parce que l'utilité de A est supérieure à l'utilité de B mais l'utilité de A est supérieure à l'utilité de B parce qu'on préfère A à B.

B). Autrement dit, le nombre attribué n'a pas de signification psychologique mais sert uniquement à une plus grande précision mathématique et à une représentation plus « intuitive » des préférences. Les axiomes présentés précédemment sont implicites dans la représentation par une courbe de la fonction d'utilité. S'en tenir à la représentation graphique masque donc une partie des informations.

Il est intéressant ici de distinguer entre l'univers certain et l'univers risqué ou incertain. Dans le premier cas (et si nous nous en tenons aux axiomes de cohérence), la fonction d'utilité obtenue est véritablement ordinale dans la mesure où seul l'ordre des préférences compte (si on préfère A à B on peut considérer que l'utilité de A est de 2000 ou de 2, si l'utilité de B est de 1). Une telle fonction ne conserve pas l'égalité dans la différence des utilités qui permettrait de faire de l'utilité une valeur du type « température » c'est-à-dire unique lorsque le zéro et l'échelle ont été déterminés³⁰¹.

Dans le cas d'un univers risqué (et par extension incertain), la fonction d'utilité dispose de certaines caractéristiques et on parle d'une fonction d'utilité cardinale³⁰², dans la mesure où il existe une certaine « mesure » de l'utilité. Ainsi, une fois une première fonction d'utilité construite, il est possible, par transformation affine croissante³⁰³, d'obtenir des fonctions équivalentes³⁰⁴. Von Neumann et Morgenstern comparent régulièrement leur approche à la mesure de la température. Autrement dit, seul le zéro et l'échelle manquent mais la structure reste la même et nous obtenons ainsi une « mesure » de l'utilité. Une fois que le zéro et l'échelle ont été déterminés, la fonction sera unique³⁰⁵.

Si les axiomes de rationalité que nous avons déjà exposés sont respectés, il est possible de construire une fonction d'utilité particulière : la fonction d'utilité dite de Von Neumann et Morgenstern³⁰⁶. Cette fonction d'utilité est la fonction d'utilité « standard » en économie.

Cette fonction dispose de plusieurs caractéristiques. La première est celle liée à la possibilité d'une transformation affine croissante (qui permet donc de considérer le nombre obtenu comme une

³⁰¹ Von Neumann et Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, p 23

³⁰² John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 40

³⁰³ une transformation affine de la fonction U est une transformation du type $V = aU + b$. Ces transformations n'entraînent que des changements d'origine et des modifications (dilatation par exemple) de l'échelle. Une transformation affine est croissante si a est supérieur à 0 et si b est un nombre réel.

³⁰⁴ Von Neumann et Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, p 23

³⁰⁵ John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 41

³⁰⁶ Pour plus de détails, voir Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, pp 173-182

certaine « mesure » de l'utilité. La comparaison interpersonnelle des utilités reste cependant délicate comme nous l'examinerons par la suite).

La seconde caractéristique de la fonction d'utilité est qu'elle conserve la propriété de l'utilité espérée³⁰⁷ : l'utilité espérée d'une loterie (gagner une pomme, une banane ou rien) est égale aux utilités de ses résultats (utilité de gagner une pomme, utilité de gagner une banane, utilité de ne gagner rien) multipliées par la probabilité de leur occurrence (probabilité de gagner une pomme, etc...) ou, dit autrement, à la somme des utilités des résultats possibles pondérés par leur probabilité. De telles caractéristiques rendent une fonction d'utilité de ce type facile à manipuler mathématiquement³⁰⁸. Par ailleurs, une telle représentation rend le test empirique plus aisé.

La construction de la fonction d'utilité du type Von Neumann et Morgenstern est relativement simple (du point de vue théorique car pratiquement cette construction est impossible). Il suffit de connaître le meilleur et le pire résultat pour l'individu et de leur assigner des « utilités ». Von Neumann et Morgenstern supposent qu'il existe une probabilité p non nulle telle que un individu est indifférent entre un résultat intermédiaire et une loterie où le meilleur résultat sort avec la probabilité p et le moins bon avec la probabilité $1-p$. Il suffit ensuite de recommencer l'opération pour construire la fonction.

b. A partir de la fonction d'utilité ou de la relation de préférences, il est possible de construire des courbes d'indifférence³⁰⁹. Ces courbes sont à la base de l'analyse du choix rationnel de consommation et par voie de conséquence du choix rationnel. Elles servent surtout, pratiquement, à faire de la statique comparative.

³⁰⁷ John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, p 37-38

³⁰⁸ un tel avantage est souligné par Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, p 178

³⁰⁹ Richard Posner, dans son traité (*Economic Analysis of Law*, 6e, op cit) ne les mentionne même pas. Robert Cooter et Thomas Ulen, dans leur manuel (*Law and Economics*, 1^{er}, op cit, p 24 par exemple) consacrent quelques développements sans entrer dans le détail de leur origine. La forme de la courbe d'indifférence ne fait pas l'objet d'une analyse.

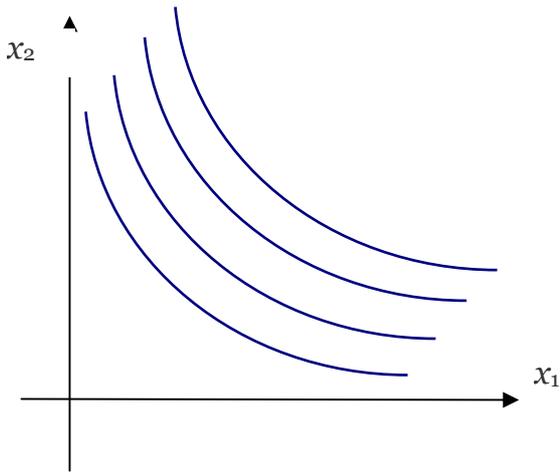


Figure 1. Exemple de carte d'indifférence avec deux biens

Ces courbes représentent les paniers de biens pour lesquels un individu est indifférent ; ils se voient donc attribuer le même indice d'utilité. Si par exemple avoir 10 pommes et 10 bananes apporte un niveau de satisfaction égal à celui de posséder de 15 pommes et 8 bananes, ces deux points seront sur la même courbe d'indifférence. En revanche, en raison du principe de non satiété, avoir 11 pommes et 10 bananes nous situera sur une courbe d'indifférence supérieure de celle où l'individu ne possède que 10 pommes et 10 bananes.

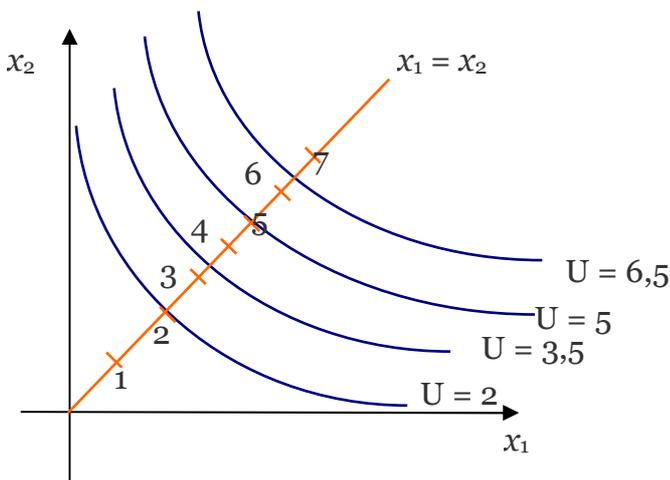


Figure 2. Carte d'indifférence avec indice d'utilité

Les courbes d'indifférence ont certaines caractéristiques qui les rendent facilement manipulables en analyse économique³¹⁰, notamment du droit. Celles-ci résultent des axiomes concernant les préférences qui conditionnent la construction de ces courbes.

Il existe une courbe d'indifférence pour tout panier de biens dans la mesure où les préférences sont complètes. Dès lors, dans un espace de 2 biens, il existe une courbe d'indifférence pour chaque point de cet espace.

Les courbes d'indifférence ne se coupent pas en raison du principe de transitivité. En effet, si un même point se trouve sur deux courbes d'indifférence différentes, la personne ne sait pas classer ses préférences d'une façon cohérente³¹¹.

Les courbes d'indifférence ont une pente négative en raison de l'hypothèse de non saturation des préférences. De même, elles n'ont que l'épaisseur d'un point, puisqu'un individu préfère toujours plus à moins. Autrement dit, dans une économie où il n'existerait que 2 biens, si nous souhaitons réduire la quantité d'un bien, il faut augmenter la quantité de l'autre pour conserver la même utilité.

Les courbes d'indifférence sont en principe convexes. Ceci résulte du principe de l'utilité marginale décroissante et de l'hypothèse de convexité. L'utilité marginale décroissante signifie que la consommation d'une unité supplémentaire accroît, mais de moins en moins, l'utilité d'un individu. Comme nous l'avons déjà précisé, cette caractéristique rend extrêmement maniable les outils mathématiques et assure l'existence d'un optimum unique au programme de consommation.

³¹⁰ Pour plus de détails, notamment mathématiques sur les courbes d'indifférence, il suffira de se reporter à n'importe quel manuel de microéconomie

³¹¹ Supposons les points A et B sur une courbe d'indifférence et supposons que le point B et C soient sur une autre courbe (supérieure). Dans ce cas, on aurait A indifférent à B indifférent à C mais C préféré à A. Ce qui est impossible en raison de l'axiome de transitivité.

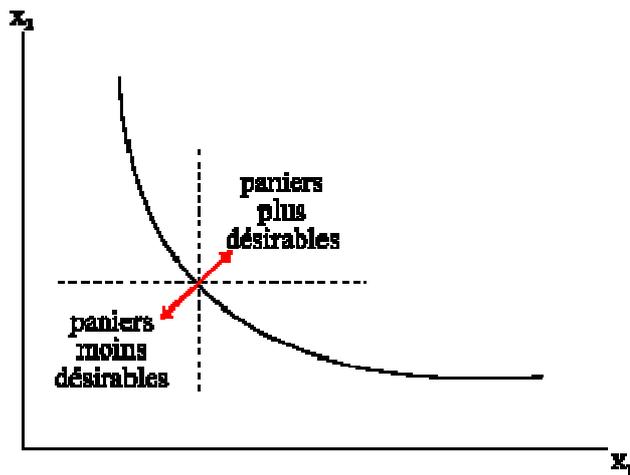


Figure 3. Représentation d'une courbe d'indifférence et caractérisations des paniers de biens

Ces courbes sont pratiques car elles permettent la visualisation d'un taux marginal de substitution. Ce taux peut être calculé à partir de la fonction dont la courbe d'utilité est représentative. Il servira à résoudre (algébriquement) le programme de consommation. Ce taux, dans une économie de 2 biens, mesure la quantité d'un bien que l'on est prêt à céder pour obtenir un autre bien, tout en gardant un niveau d'utilité inchangé. Ce taux n'est autre, mathématiquement, que la dérivée de la fonction représentative de la courbe d'indifférence (ou la « pente » de la courbe). Ce taux est égal au rapport des utilités marginales.

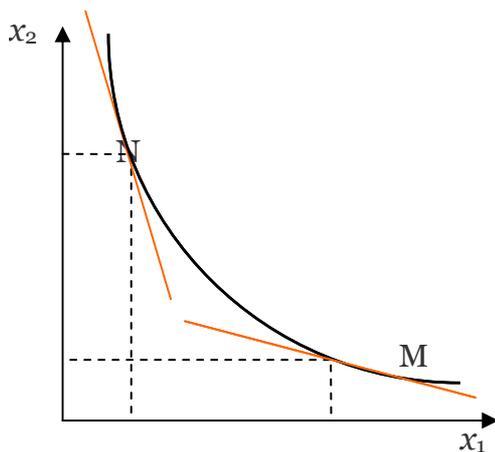


Figure 4. Représentation du taux marginal de substitution aux points N et M

Evidemment, à elles seules, les courbes d'indifférence et les fonctions d'utilité ne permettent pas de connaître ce qu'un individu va choisir (elles permettent cependant des comparaisons). Ces courbes ne font que représenter les préférences d'un individu. Afin de savoir comment se réalise un choix en économie néoclassique, nous devons maintenant nous intéresser aux contraintes.

Précisons que la construction reste purement théorique et qu'une telle approche n'est pas sans poser de difficultés. Nous aurons l'occasion de développer ces points par la suite. Néanmoins, ces éléments sont déterminants pour comprendre la logique économique et les solutions proposées par l'analyse économique et donc l'analyse économique du droit.

B. choix et contraintes : la rationalité comme maximisation de l'utilité

L'idée de choix est centrale en analyse économique, certains ont même pu avancer que l'économie n'était autre que la science des choix³¹². Dès lors que l'univers est caractérisé par la rareté, l'individu doit choisir ; la rareté est donc la première contrainte (ainsi que la première condition de l'économie et du droit) : *choisir c'est renoncer à effectuer une action au profit d'une autre* – l'économie met en évidence les arbitrages nécessaires –, ce qui nous permettra de définir la notion de coût d'opportunité³¹³. Un acteur rationnel n'agit que lorsqu'il perçoit que l'action retenue lui « apporte plus » de satisfaction (ou d'utilité) que l'action abandonnée. C'est à partir de ce principe général que l'analyse économique du droit se construit. Par exemple, un individu va se marier seulement si l'utilité du mariage est supérieure à l'utilité dérivée du fait de rester seul³¹⁴. Un individu ne va commettre un vol que si l'utilité espérée (qui intègre l'espérance de gain du vol, le coût d'être pris et la probabilité d'être pris) dérivée du vol est supérieure à toute autre option. Autrement dit, un individu rationnel ne fait un acte que lorsque son utilité espérée est supérieure à l'utilité espérée de faire autre chose (tout acte est donc volontaire du point de vue de l'économie). Ceci revient à dire que toute action a un « coût ». Le coût n'est pas entendu ici comme un simple coût financier mais comme regroupant un ensemble d'inconvénients divers. L'idée d'économisme métaphorique³¹⁵ est ici intéressante.

³¹² Robert Mundell, *Man and Economics*, 1968, McGraw Hill, New York, 200 pages, spécialement la préface. Dans une perspective plus nuancée, voir James Buchanan, *Is Economics The Science of Choice?*, in *The Collected Works of James Buchanan*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, Vol 12, 502 pages, pp 3-21

³¹³ Pour le moment, nous adoptons une définition classique du coût d'opportunité comme le coût lié à la renonciation d'avantages dont on aurait pu bénéficier si on avait fait un autre choix. Autrement dit, le coût de faire quelque chose se mesure par la valeur maximale de ce à quoi on renonce pour faire ce quelque chose (à la valeur du meilleur choix alternatif). Le coût d'aller à l'université ne se résume donc pas aux coûts monétaires (frais d'inscription, etc...) mais intègre aussi les coûts non monétaires (au lieu d'aller à l'université, il serait possible de travailler, ce qui rapporterait une certaine somme, etc...). Le calcul de ce coût pose de nombreuses difficultés sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir. Pour une réelle analyse de la notion (historique, critique, philosophique), voir James Buchanan, *Cost and Choice, an inquiry in economic theory*, 1979, University of Chicago Press, Chicago, 120 pages

³¹⁴ Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 10

³¹⁵ Ce terme est utilisé par Alban Bouvier (*Les Modèles Economiques des Acteurs Sociaux*, op cit, p 45)

Si nous disposons d'une fonction d'utilité, le choix peut être conçu comme une maximisation de l'utilité sous contrainte. Mais dans ce cas, maximiser l'utilité signifie simplement faire ce que l'on préfère³¹⁶ en fonction des contraintes et de façon cohérente ; tout est déjà déterminé par les préférences et seul le résultat (atteindre « l'optimum ») compte. Néanmoins, le passage des préférences à la fonction d'utilité laisse supposer que l'on cherche à maximiser « l'utilité »... ce qui n'est vrai que si nous disposons déjà d'une fonction d'utilité (sans disposer des préférences) ; si nous disposons déjà des préférences, nous ne pourrions que caractériser le niveau de maximisation de l'utilité.

Notons ici que la maximisation de l'utilité ne se fait que parmi les options identifiées par l'individu et que ces options dépendront étroitement de l'information dont il dispose.

Si nous supposons que l'individu n'est pas parfaitement informé, l'acquisition de l'information suivra la même logique que la maximisation de l'utilité sous contrainte, l'individu devant réaliser un choix entre plus et moins d'informations³¹⁷. Un individu accumulera de l'information jusqu'au point où le bénéfice marginal espéré d'une information supplémentaire sera égal au coût marginal de la recherche d'une nouvelle information³¹⁸. Classiquement, en analyse économique du droit, le modélisateur part de la situation d'un individu disposant d'une information parfaite (omniscient ou presque) et relaxe ensuite cette hypothèse dans la suite de son analyse. Le raisonnement en information imparfaite constitue une approche désormais classique en économie et en économie du droit (certains concepts liés à ce type d'approche seront développés par la suite³¹⁹). Dès lors, la rationalité d'une action ne peut s'évaluer qu'en considération des connaissances de l'individu au moment où il réalise son choix et non a posteriori. Cette dernière remarque est évidente en univers risqué.

³¹⁶ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 29

³¹⁷ Ce résultat est paradoxal, comme nous le montrerons. Il permet cependant de « sauver » l'approche.

³¹⁸ L'économie de l'information est actuellement un champ à part entière de l'économie et a des implications importantes en économie du droit. Nous n'aurons pas l'occasion de développer dans le détail les résultats de cette approche, notamment les problèmes de l'aléa de moralité et de l'anti sélection. L'article de Stigler de 1961 marque le début d'une réelle réflexion dans le domaine (Georges Stigler, *The Economics of Information*, 1961, *Journal of Political Economy*, vol 69, n°13, pp 213-225). Pour une introduction au domaine, voir, Inès Macho-Stadler et David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information, Incentives and Contracts*, 2001, Oxford University Press, Oxford, 287 pages. Voir cependant notre prochain chapitre pour quelques développements sur ces points.

³¹⁹ Voir notamment Inès Macho-Stadler et David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information, Incentives and Contracts*, 2001, Oxford University Press, Oxford, 287 pages ou encore Eric Rasmusen, *Games and Information*, 1994, 2d édition, Blackwell Publishers, Oxford, 478 pages. La prise en compte de l'information dans le raisonnement économique a largement transformé l'économie. Dans la mesure où nous cherchons à expliciter le développement des outils économiques, nous présentons l'approche standard à partir de laquelle les autres outils ont pu se construire.

Economiquement, le choix n'est pas nécessairement perçu comme un processus conscient ; Posner exprime parfaitement ce point « *Rational maximization should not be confused with conscious calculation. Economics is not a theory about consciousness* »³²⁰. L'idée est simplement de réussir à trouver un modèle analysant le choix de l'individu « comme si » il maximisait son utilité sous contrainte. Ceci résulte de l'épistémologie friedmanienne³²¹ (fondée, pour certains auteurs, sur le falsificationnisme poppérien, *infra*) dont Posner se revendique³²². Nous reviendrons sur cette épistémologie et ses conséquences dans la suite de notre thèse car elle impose une qualification des résultats proposés par l'analyse économique du droit.

Afin de faciliter la compréhension de la logique d'optimisation, nous prendrons des exemples tirés de l'analyse économique du droit. Les différentes techniques d'optimisation ne seront pas développées dans leur détail dans la mesure où elles servent essentiellement à la compréhension d'articles sans être nécessaires à la mise en évidence de la logique de l'approche.

1. La caractérisation de l'optimum du consommateur et par extension des agents économiques

Comme la théorie est fondée sur l'analyse du comportement de consommation (mais aussi de production), nous examinerons tout d'abord les résultats dans ce contexte particulier. Nous étendrons ensuite cette solution en formulant un principe général.

L'idée de maximisation peut se formuler de trois façons différentes : on obtient le niveau de satisfaction le plus élevé possible compte tenu de la contrainte budgétaire, on minimise les coûts pour un niveau d'utilité fixé³²³, ou, et plus généralement, on égalise le coût marginal et le bénéfice marginal³²⁴. *Sous les hypothèses du modèle, le choix ne se résume finalement qu'à une optimisation mathématique* (si bien qu'il est possible de se demander si l'idée de « choix » existe toujours). Nous insisterons

³²⁰ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e, op cit, p 3; voir aussi Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 7: « *The economic approach does not assume that decisions units are necessarily conscious of their efforts to maximize or can verbalize or otherwise describe in an informative way reasons for the systematic patterns in their behavior* ».

³²¹ sur ce point, voir Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, 1953, in Daniel Hausman, *The Philosophy of Economics, An Anthology*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 469 pages, pp 180-213.

³²² Posner renvoie à Friedman dans la 6^e édition de son traité (*Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 21). Il se fonde d'ailleurs exclusivement sur cette épistémologie (ou plus précisément une interprétation de celle-ci) dans son article visant le Behavioral Law and Economics (Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 1998, *Stanford Law Review*, vol 50, n°5, pp 1551-1575)

³²³ Pour un traitement détaillé mathématiquement de ces questions, voir Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, pp 50-63.

³²⁴ Cette formulation est au centre de l'ouvrage de Cooter et Ulen (Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, op cit).

sur le troisième point qui traduit au mieux la logique de l'analyse économique du droit et qui, seul, permet une approche de la dynamique d'optimisation.

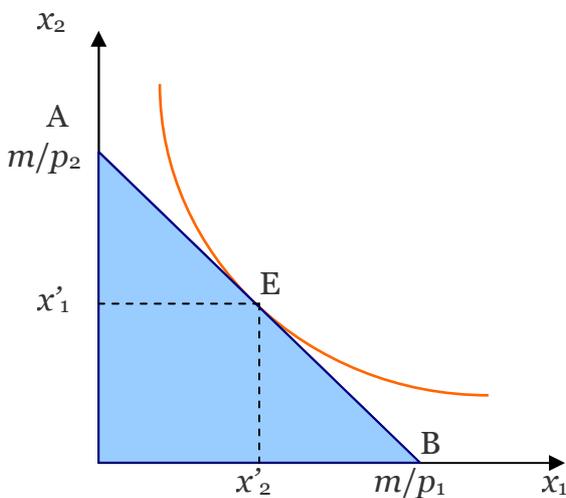


Figure 5. *Caractérisation de l'optimum de l'agent économique. La droite de budget est la droite (A,B). Le point d'équilibre est le point de tangence entre la courbe d'indifférence la plus au Nord Est et la droite de budget. Tout autre point que le point E signifie soit qu'il serait possible d'améliorer l'utilité tirée d'un budget particulier, soit que le budget est dépassé et que le point ne tient donc pas compte des contraintes.*

a. La notion de maximisation de l'utilité sous contrainte budgétaire est assez simple. Un individu est mis sur un marché avec une certaine somme d'argent (plus techniquement une dotation initiale). On suppose, par commodité, qu'il ne peut pas épargner. Il ne peut acheter que des bananes et des pommes et on suppose que ces biens sont parfaitement divisibles à l'infini. Son problème sera alors d'affecter au mieux son budget, c'est-à-dire d'obtenir le plus de satisfaction.

La droite de budget est facile à construire dans un tel cas (dans notre exemple, il s'agit de la droite (A,B)). Il peut soit n'acheter que des bananes, soit n'acheter que des pommes. Deux points définissant une droite, nous disposons de celle-ci ; la droite ne dépend donc que du rapport des prix entre les deux biens. Il suffira ensuite de rechercher la courbe d'indifférence la plus au Nord-Est pour ce budget. Cette courbe sera celle qui est tangente à la droite de budget (en raison de la convexité des courbes d'indifférence).

Au point de tangence, le taux marginal de substitution sera égal au ratio des prix³²⁵. Si x et y sont les deux biens, p_x et p_y leurs prix respectifs et u_{mx} et u_{my} l'utilité marginale du bien x et l'utilité

³²⁵ Le ratio des prix est égal au coefficient directeur de la droite de budget, lui-même égal à la tangente de la courbe d'indifférence, autrement dit, le taux marginal de substitution.

marginal du bien y, nous obtenons l'équation de maximisation suivante au panier de bien optimal :

$$um_x/um_y = p_x/p_y \text{ ou } um_x/p_x = um_y/p_y.$$

Autrement dit, la maximisation de l'utilité signifie qu'un individu distribue son revenu de telle sorte que la dernière unité de bien échangé contre chaque autre bien entraînera le même niveau de satisfaction (il est alors indifférent entre la consommation d'une pomme supplémentaire ou d'une banane supplémentaire). Ce principe n'est autre que la seconde loi de Gossen.

L'idée de maximisation de l'utilité se retrouve dans la figure 6 (*infra*). Supposons que nous nous situions au point c. Il est évident qu'en partant de ce point il est possible d'améliorer notre situation à budget constant. Il suffira pour cela d'atteindre le point e. Le point f est plus désirable que le point e mais le budget ne permet pas de l'atteindre. La maximisation de l'utilité sous contrainte budgétaire suppose donc que la consommation initiale déterminée par le point c soit modifiée pour la structure de consommation définie par le point e.

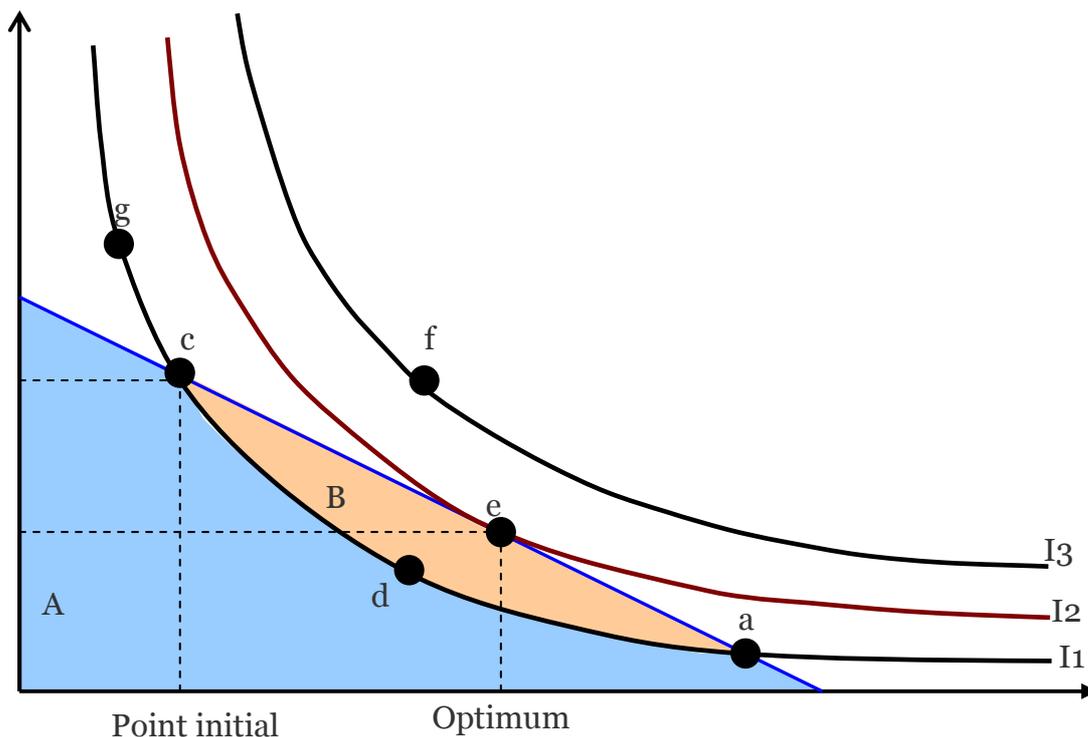


Figure 6. Maximisation sous contrainte budgétaire

Algébriquement, le programme de maximisation est simple : il s'agit de maximiser la fonction d'utilité sous la contrainte d'un budget. La résolution est purement mathématique. Elle utilise la méthode dite du « lagrangien »³²⁶.

Cette approche est essentiellement utilisée pour comprendre ce que l'individu « va » ou « devrait » faire en fonction des différentes règles en présence. Ainsi, dans un modèle dans lequel nous n'avons que deux catégories de personnes, les piétons et les automobilistes (l'un ne pouvant pas être l'autre), et que la règle est celle de la responsabilité sans faute pesant sur les automobilistes, les piétons, souhaitant maximiser leur utilité, ne prendront aucune précaution (en supposant, bien évidemment qu'ils puissent obtenir une compensation complète en cas d'accident et qu'ils ne puissent jouer que sur leur niveau de précaution, ce qui n'est pas toujours le cas)³²⁷.

De même, supposons qu'un individu en train de commettre un vol soit surpris. Si le vol est puni de la même manière que le meurtre, toutes choses égales par ailleurs, le voleur maximise son utilité en tuant la personne puisque le meurtre limite la possibilité qu'il se fasse prendre pour vol (en supposant qu'il ne recherche que son intérêt individuel et qu'il ne s'intéresse qu'aux conséquences matérielles, comme le « *Bad Man* » de Holmes³²⁸). Ce résultat n'est cependant pas satisfaisant. Nous retrouvons une explication économique de la gradation des peines.

b. L'idée de minimisation des coûts est parallèle à l'idée de maximisation de l'utilité. Ainsi, maximiser l'utilité pour un piéton dans le cas d'une responsabilité stricte, n'est autre que minimiser son coût de précaution lorsqu'il traverse la rue.

Graphiquement, au lieu de jouer sur les courbes d'indifférence, on joue sur la droite de budget. On suppose par exemple que notre budget est trop élevé pour le niveau d'utilité que nous atteignons (nous ne nous situons pas au point de tangence). Il faudra donc déplacer parallèlement vers l'origine notre droite de budget jusqu'à que celle-ci soit tangente à la courbe d'indifférence

³²⁶ Cette méthode n'est pas fondamentale à la compréhension de la logique de l'analyse économique du droit mais utile pour la compréhension d'articles qui font mention de ce fameux lagrangien. Robert Cooter et Thomas Ulen font d'ailleurs disparaître la référence au lagrangien dans leur manuel (*Law and Economics*, 1^{er}, op cit, p 24). Pour plus de détails sur cette méthode, voir Charalambos Aliprantis et Subir Charkrabarti, *Games and Decision Making*, 2000, Oxford University Press, Oxford, 257 pages, pp 13-17

³²⁷ par exemple, Thomas Miceli, *Economics of the Law*, op cit, p 16. Le saut théorique est important et il n'est pas bien certain que le modèle théorique soit directement transposable à la compréhension du réel.

³²⁸ Oliver Holmes, *The Path of Law*, op cit, p 459. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette logique. Cette affirmation peut être considérée comme une remarque de bon sens. Elle s'inscrit cependant dans une certaine conceptualisation économique.

sur laquelle nous étions précédemment. A ce point, le taux marginal de substitution est une fois encore égal au ratio des prix.

Plus généralement, l'idée de minimisation des coûts est particulièrement utilisée en analyse économique du droit. En ce qui concerne le droit de la responsabilité, par exemple, dans *The Costs of Accident*, Calabresi précise que « *I take it as axiomatic that the principal function of accident law is to reduce the sum of the costs of accident and the cost of avoiding accident* »³²⁹.

Cette méthode est aussi utilisée par Buchanan et Tullock pour déterminer la règle de majorité optimale³³⁰. Dans ce dernier cas, on essaiera de minimiser la somme du coût lié à la prise de décision (qui augmente avec le niveau requis : il est plus coûteux d'utiliser l'unanimité que la majorité) et le coût lié au fait que certaines personnes ne voient pas la traduction de leur opinion au niveau collectif (si la règle n'est pas l'unanimité, il est probable que certaines personnes soient déçues par le résultat du vote).

c. Le principe selon lequel l'optimisation équivaut à l'égalisation du coût marginal et du bénéfice marginal (donc à un arbitrage) est fondamental. Il constitue le socle sur lequel l'économie du droit a évolué. Cooter et Ulen font de ce principe une hypothèse centrale : « *Indeed, if you will firmly understand and realize that for economists the optimum for nearly all decisions occurs at the point at which marginal benefit equals marginal cost, then you will have gone a long way towards mastering the microeconomic tools necessary to answer most questions where a choice must be made... this approach is responsible for many of the insights that economists have brought to the study of the law* »³³¹.

Si ce résultat est généralement le fruit de l'étude du comportement du producteur (et non du consommateur³³²), Cooter et Ulen nous donnent une justification intéressante de l'utilisation de ce principe dans le cadre du consommateur³³³. L'image utilisée est celle de la réallocation d'un budget entre deux biens. Si je dépense un dollar de moins pour un bien, je perds une certaine quantité d'utilité. Cette perte correspond au coût marginal. Si je dépense ce dollar pour acheter un autre bien, je gagne une certaine quantité d'utilité. Ce gain correspond au gain marginal. Cette réallocation d'un bien vers l'autre ne se fera que si le gain marginal est supérieur au coût marginal.

³²⁹ Guido Calabresi, *The Costs of Accident*, op cit, p 26. L'usage de l'idée d'axiomatisation n'est pas neutre.

³³⁰ James Buchanan et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, op cit, par exemple, pp 63-84

³³¹ Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er}, op cit, p 26

³³² Il suffit de se reporter à n'importe quel manuel de microéconomie pour s'en convaincre. Par exemple, David Begg, Stanley Fischer et Rudiger Dornbusch, *Microéconomie*, op cit, pp 118-120

³³³ Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er}, op cit, p 26

Autrement dit, le consommateur modifiera l'allocation de son budget jusqu'à ce que le coût marginal soit égal au gain marginal.

Supposons que nous soyons dans un régime de responsabilité entre piétons et automobilistes dans lequel il n'existe pas de règle concernant la responsabilité (chacun paye pour ses propres dommages). Dans ce cas, le piéton devra minimiser la somme du coût de précaution plus la probabilité du dommage (qui dépend du coût de précaution) multipliée par le coût du dommage (que nous supposons fixe par commodité). Le piéton cherchera ainsi à égaliser son bénéfice marginal (la diminution de la probabilité d'un accident multiplié par le coût de l'accident) et son coût marginal (l'augmentation du coût de précaution).

Pour comprendre les excès de vitesse, en supposant que l'individu soit « rationnel » au sens où nous l'avons défini, il est possible de raisonner de la même manière. Un individu ne commettra un excès de vitesse que si le « gain » de l'excès est inférieur au « coût » de cet excès (probabilité de se faire prendre multiplié par l'amende). Le bénéfice marginal doit être entendu comme le « gain » résultant du fait d'arriver plus vite (on suppose que l'individu ne conduit pas plus vite juste pour le plaisir). Se pose cependant le problème de l'identification des coûts et des bénéfices³³⁴.

Nous retrouvons cette même idée dans la fameuse « *Learned Hand Formula* »³³⁵. Cette règle vise à définir la négligence. Si nous appelons P la probabilité du dommage, L le dommage et B le coût de précaution, la règle est la suivante : une personne est négligente si $B < PL$. La question qui se pose reste cependant de savoir si ces variables se réfèrent aux valeurs marginales ou totales. Comme nous le montre Posner, mais aussi Cooter et Ulen, les coûts de précaution et les coûts de l'accident doivent être interprétés comme les coûts à la marge et Learned Hand comme un bon économiste³³⁶.

Reprenons l'exemple de Posner, supposons que la valeur de PL soit de 10€. Supposons qu'il soit possible de réduire PL à 0€ avec un coût de 9€. Supposons maintenant qu'on puisse réduire PL à 1€ à un coût de 2€. A la marge, cela signifie que la réduction de PL de 1 à 0 coûte 7€ (9-2 ; ce qui correspond au coût marginal) alors que le gain marginal n'est que de 1 ; au total, cette réduction fait donc perdre 6€ à la société. Economiquement cette solution n'est pas la meilleure et il est

³³⁴ Ce point est central pour l'analyse économique du droit. Nous montrerons ainsi que la structuration du cas est déterminante. En économie comme en droit, tout se joue sur les « faits ».

³³⁵ Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6^e, op cit, pp 167-170; cette règle est tirée de l'arrêt de 1947 de la cour d'appel des Etats-Unis du deuxième circuit United States et al. contre Carroll Towing Co., Inc., et al. Le cas a été jugé par le Juge Hand, d'où le nom de la formule qui apparaît dans l'arrêt.

³³⁶ Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 168; Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 3^e, p 314.

préférable de réduire PL uniquement à 1 dans la mesure où cela ne coûte que 2, ce qui entraîne un gain de 7€ pour la société.

Intuitivement cela signifie qu'un individu est négligent si le coût marginal d'une précaution non prise est inférieur au bénéfice marginal (mesuré par la réduction du coût de l'accident, probabilité et/ou intensité). Autrement dit, si en dépensant un euro de plus en précaution on diminue le coût anticipé (*expected cost*) d'un accident de plus de un euro, on aura intérêt à faire cet investissement jusqu'à obtenir une égalisation du coût marginal et du bénéfice marginal. Si un individu arrête le processus avant cette égalisation, il sera considéré comme négligent.

Soit x le coût de la précaution prise et x' le coût d'un niveau de précaution supérieur, le coût marginal d'une précaution non prise est égal à $x'-x$. Soit $D(x)$ le dommage multiplié par la probabilité d'un accident si un individu dépense x en précaution et $D(x')$ s'il dépense x' , $D(x)-D(x')$ représente le gain marginal résultant d'une dépense x' . Un individu est négligent s'il n'a pas pris le coût de précaution x' et si $x'-x < D(x)-D(x')$ autrement dit si :

$$1 < [D(x)-D(x')]/(x'-x)^{337}$$

Si le bénéfice marginal est supérieur au coût marginal, l'individu est considéré comme négligent puisqu'en prenant un niveau de précaution supérieur son gain aurait été supérieur à la perte engendrée par ce nouveau niveau.

2. Eléments de statique comparative

Nous venons de caractériser l'optimum de l'agent économique, c'est-à-dire le point auquel il maximise son utilité. La représentation graphique de ce point est particulièrement intéressante parce qu'elle permet d'analyser ce qui se passerait si une variable évoluait, toutes choses égales par ailleurs³³⁸.

Si son budget évolue positivement, l'individu aura plus de ressources. Le principe de maximisation de l'utilité suppose que son équilibre sera modifié et qu'il changera pour une courbe d'indifférence supérieure (plus éloignée de l'origine). De même, si son budget est réduit, l'équilibre changera pour une courbe d'indifférence inférieure.

Si le prix d'un bien change, le principe de maximisation de l'utilité suppose que l'individu modifiera son équilibre. En effet, cette modification du prix (ou du prix relatif entre les biens),

³³⁷ Thomas Miceli, *Economics of the Law*, op cit, p 21

³³⁸ Cette qualification du résultat fera l'objet d'un traitement tout particulier dans la seconde partie de cette thèse. Elle a en effet des conséquences non négligeables concernant l'interprétation des résultats de l'analyse économique du droit.

aura un impact sur la droite de budget, ce qui aura un impact sur l'équilibre. Pour analyser l'effet d'une variation de prix sur la consommation, on distingue l'effet de revenu (R) et l'effet de substitution (S).

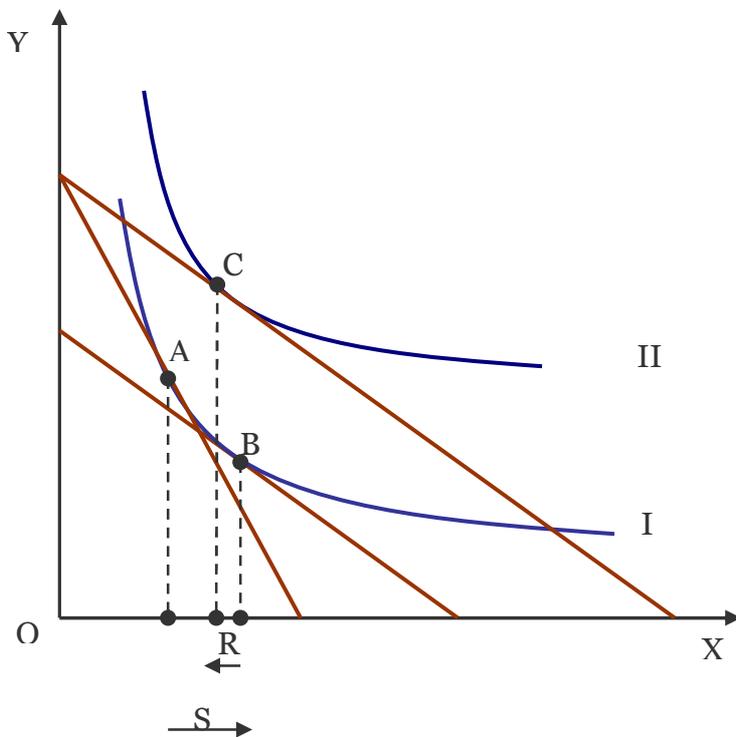


Figure 7. Représentation graphique de l'effet de substitution (S) et de l'effet de revenu (R). Dans cet exemple, le bien X voit son prix diminuer. L'équilibre initial est au point A, le nouvel équilibre au point C.

L'effet de revenu traduit l'ajustement de la demande à la variation du seul revenu réel, l'effet de substitution celui de la demande à la variation du prix relatif. Intuitivement l'effet de revenu signifie que, relativement, si le prix d'un bien diminue, l'individu voit son pouvoir d'achat augmenter (sauf, bien évidemment, s'il est vendeur de ce bien).

L'effet de substitution s'intéresse au choix qu'un individu aurait fait si le nouveau rapport des prix (du à la hausse ou à la baisse du prix relatif d'un bien) avait été le même dans la situation antérieure. L'effet de substitution est toujours dans le sens contraire de la variation des prix (si le prix augmente, l'effet sera négatif ; si le prix diminue, l'effet sera positif). L'effet de revenu peut au contraire avoir n'importe quel signe (une diminution du prix peut ainsi entraîner une baisse de la consommation du bien devenu relativement moins cher)³³⁹.

³³⁹ Pour une présentation détaillée de ces deux effets, voir Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, pp 150-168

Toutes choses égales par ailleurs, l'augmentation du prix d'un bien réduit la quantité demandée et la diminution du prix d'un bien augmente la quantité demandée (l'effet de substitution est supérieur à l'effet de revenu). Une grande partie de l'analyse économique du droit se fonde sur ce résultat³⁴⁰. Notons cependant, que dans le cas des biens inférieurs, une augmentation du prix d'un bien peut entraîner une augmentation de la demande de ce bien (on parle alors des biens de Giffen³⁴¹). Ce cas reste cependant marginal et, en analyse économique du droit, ce type de bien (ou d'option) n'a pas encore été identifié clairement³⁴².

C. La rationalité en analyse économique du droit, recherche de l'intérêt et incitations

Le modèle néoclassique de rationalité est le modèle dominant en analyse économique du droit. Il constitue aussi le socle sur lequel les différentes théories de la rationalité vont se construire. L'analyse économique du droit retient les implications de la théorie économique de la rationalité (théorèmes de l'économie du bien-être, équilibre, etc...) mais son contenu est souvent purgé (consciemment ou non) d'une bonne partie de l'axiomatique (qui est utilisée sans tenir compte des implications de certains axiomes).

L'analyse économique du droit utilise la seconde partie du raisonnement sur la rationalité et ne semble pas tenir entièrement compte de la théorie « moderne » de l'utilité (celle-ci n'est qu'implicite). L'axiomatique des préférences est rarement présentée et explicitée³⁴³. Posner n'y fait aucunement référence et s'octroie même certaines libertés en postulant de personnalités multiples (qui sont toutes rationnelles mais qui ont des préférences « incohérentes » entre elles) pour rendre

³⁴⁰ Il s'agit d'ailleurs d'un des premiers points sur lesquels insiste Richard Posner (*Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, pp 4-5

³⁴¹ Pour une discussion de ces points, voir par exemple, Rod Garrat, *Indivisibilities, Inferior Goods and Giffen Goods*, 1997, Canadian Journal Of Economics, vol 30, n°1, pp 246-251. La possibilité de l'existence de ce type de bien est due à John Hicks, *Value and Capital*, [1939 1st] 1946 2d, Oxford University Press, Oxford, 340 pages, spécialement p 28. Pour lui, de tels biens sont liés à leur faible qualité. Il prend notamment l'exemple de la margarine (et plus généralement de l'alimentation des personnes « pauvres »).

³⁴² Il n'existe d'ailleurs, à notre connaissance, aucun article sur le sujet. Ceci pourrait cependant être intéressant si on trouvait que l'augmentation de la sanction d'une infraction entraînait une recrudescence de celle-ci. L'augmentation de la sanction constituerait une augmentation des prix et les « criminels » se rabattraient sur d'autres crimes ou délits.

³⁴³ Ainsi, comme nous l'avons vu, Kaplow et Shavell développent rapidement cette axiomatique mais restent sur l'idée d'une maximisation de l'utilité « simplifiée ». Robert Cooter et Thomas Ulen (*Law and Economics*, 3^e édition, op cit, pp 17-18) mentionnent les conditions de la rationalité des préférences mais uniquement en univers certain et sans expliciter les conséquences de cette approche sur la maximisation de l'utilité.

compte de certaines actions³⁴⁴. Il est possible de supposer que l'axiomatique des préférences n'est qu'un postulat et qu'on la suppose toujours vérifiée ; elle a pourtant des conséquences pour la qualification des résultats. Ainsi, par exemple, la question de la transitivité des choix est rarement mise en avant (l'existence de personnalités multiples casse virtuellement la possibilité même d'une analyse de la transitivité, au même titre que l'utilisation d'une véritable temporalité).

Finalement seule compte l'affirmation selon laquelle l'individu poursuit ses objectifs (préférences), évalue les différentes options et choisit celle qui « maximise » son utilité (sa satisfaction, son plaisir) ; il s'agit certainement de la contrainte fondamentale dans l'argumentation économique puisqu'elle permet de qualifier le raisonnement « d'économique ». L'analyse économique du droit se construit sur le simple postulat que l'individu agit d'une façon « intéressée » : il existe un but à chaque action et seules les conséquences sont importantes. Ce principe est ensuite appliqué en fonction du phénomène juridique dont on veut pouvoir rendre compte. Dans un de ses derniers ouvrages Posner donne un éclairage différent de ses approches « classiques » concernant les décisions des juges, tout en affirmant qu'il essaye simplement d'être plus précis que dans ses ouvrages antérieurs : « *the pragmatic judge aims at the decision that is most reasonable, all things considered, where 'all things' include both case-specific and systematic consequences, in their broadest sense...* »³⁴⁵. Nous consacrerons une section à ce glissement de sens particulièrement important pour comprendre le type de connaissance que peut nous apporter l'analyse économique du droit.

Ce faisant, comme nous le verrons, la notion de rationalité risque de devenir tautologique et donc de ne constituer qu'un prisme d'interprétation et non un concept scientifique. La rationalité économique peut alors apparaître comme une théorie philosophique de l'action et s'inscrit dans les herméneutiques du soupçon.

Le principe fondamental tiré du postulat de rationalité est que les individus répondent à des incitations : si les individus cherchent leur intérêt (et tiennent compte des conséquences de leurs actions) la modification de certains paramètres de l'environnement est susceptible de conduire à une modification des actions (modifications prédictibles). Posner se contente même de ce dernier résultat pour présenter l'analyse économique du droit : « *The concept of man as a rational maximizer of his self interest implies that people respond to incentives – that if a person's surroundings change in such a way*

³⁴⁴ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, pp 1555-1556; voir aussi Richard Posner, *Aging the Old Age*, 1997, Chicago University Press, Chicago, 384 pages, p 130

³⁴⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 13

that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so»³⁴⁶. Mackaay³⁴⁷ fait sensiblement de même. Tous les résultats de l'analyse économique du droit se fondent sur cette idée : *une modification de la structure de « prix » entraîne une modification du comportement des agents* (ce que nous avons déjà envisagé via la statique comparative). Si le prix d'un bien augmente, toutes choses égales par ailleurs, la quantité demandée baisse. Si la sanction pour un stationnement interdit augmente, toutes choses égales par ailleurs, les individus vont réduire ce genre de comportement (en fait ce résultat est à relativiser en fonction de la richesse des individus). Nous ne faisons ici qu'introduire le problème (*infra*).

Nous voyons se dessiner une première caractéristique du droit. Celui-ci est perçu comme un système de « prix ». Toute l'analyse économique du droit sombrerait si une modification d'une règle juridique laissait inchangé le comportement des individus y étant soumis. A plus forte raison, si le droit n'influçait pas le comportement des agents, on pourrait douter de sa pertinence.

Ce résultat est tout à fait trivial mais suppose que l'individu est capable de réaliser certaines analyses qui peuvent s'avérer délicates, surtout si nous supposons que celui-ci dispose d'une information parfaite ou sait gérer l'information imparfaite (avec une utilisation des statistiques). En effet, les individus doivent être capables de percevoir (ou faire comme si) les modifications de l'environnement et pouvoir modifier leurs comportements en réponse. Nous nous situons dans une perspective idéale dans laquelle les individus sont capables (ou font comme si) de réunir l'information utile. Ils ont donc un accès à l'information, savent où chercher et se tiennent au courant de l'ensemble des modifications des règles juridiques. De plus, ils sont capables de comprendre (ou font comme si) le droit et la jurisprudence ou du moins de faire une répartition statistique des différentes interprétations possibles (nous reviendrons sur le lien entre la rationalité et le problème de l'interprétation des normes). Enfin ils doivent être capable (ou de faire comme si) de calculer des coûts et les bénéfices et de comparer les différentes options possibles. Ces activités supposent la capacité consciente ou inconsciente de manipuler les règles de la statistique, de l'arithmétique, des probabilités.

Si nous acceptons que l'agent n'est pas parfaitement informé, ce que Posner reconnaît³⁴⁸, mais que son ignorance est rationnelle ou qu'il ne fait qu'agir en fonction de ses perceptions, autrement dit qu'il maximise son utilité telle qu'il la perçoit, il devient délicat de faire des

³⁴⁶ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 4

³⁴⁷ Ejan Mackaay, *L'Analyse Economique du Droit*, op cit, pp 34-35

³⁴⁸ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1552

prédictions ou de juger si une action est rationnelle puisque nous ne pouvons pas savoir ce qu'il perçoit (ou que nous ne pouvons le savoir qu'à travers ses actions). Cette question sera abordée dans notre prochaine sous partie.

On pourrait s'interroger légitimement sur l'intérêt de l'axiomatique de la rationalité si le résultat est aussi trivial que celui de la réponse aux incitations. Les manuels d'analyse économique ne développent que rarement cette axiomatique et certains font plus appel à un « bon sens » des individus qu'à un concept fort de rationalité³⁴⁹. Pourtant, cette axiomatique sert de base aux tests empiriques et permet de dériver le modèle de l'équilibre général³⁵⁰ et les théorèmes de l'économie bien-être³⁵¹. Elle permet aussi un développement de modèles « rigoureux ». Enfin, elle rend possible une évaluation des résultats (et de leur « scientificité ») proposés par l'analyse économique du droit et une meilleure interprétation de ceux-ci.

§2. La position épistémologique de la rationalité néoclassique, une question souvent écartée

Nous venons de développer la signification de la rationalité en économie néoclassique via une présentation de son axiomatique de base. L'idée de la rationalité est celle de l'allocation des ressources rares à différentes options de façon à ce que l'utilité soit maximisée.

Si nous voulons véritablement comprendre la logique et la portée de l'analyse économique du droit, il est nécessaire de s'interroger sur la connaissance que peut nous apporter cette rationalité. Autrement dit, que veut-t-on dire quand on applique le modèle de rationalité aux individus ?

Cowen indique cinq façons d'utiliser le postulat de rationalité³⁵². L'auteur identifie tout d'abord la rationalité à une description du comportement des individus. Deuxièmement, la rationalité pourrait se résumer au postulat de transitivité. Troisièmement, la rationalité peut n'être qu'une tautologie. Quatrièmement, la rationalité peut s'interpréter de façon pragmatique en étant une

³⁴⁹ En un sens, l'économie est forcée de revenir aux sources et d'adopter un concept de rationalité proche de celui qu'utilisaient les classiques. Voir par exemple Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit qui ne mentionne même pas l'idée de rationalité de l'individu en faisant appel exclusivement au « bon sens ».

³⁵⁰ Voir par exemple, Gérard Debreu, *Théorie de la Valeur*, op cit

³⁵¹ Ceux-ci seront discutés lorsque nous envisagerons la question de l'efficacité.

³⁵² Tyler Cowen, How do Economists Think About Rationality, in Michael Byron (eds), *Satisficing and Maximizing – Moral Theorists on Practical Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 256 pages, pp 213-236

abstraction utile. Enfin, la rationalité serait une théorie normative indiquant comment les individus doivent se comporter.

Nous réduirons (et étendrons) l'approche de Cowen en discutant de trois possibilités, conduisant chacune à une approche différente des *savoirs* économiques. Il est en effet « évident », par exemple, qu'une théorie descriptive ne donne pas des résultats de la même nature qu'une théorie normative. Les trois approches que nous retiendrons ne sont pas nécessairement exclusives. Nous reprenons la distinction classique entre économie positive et économie normative³⁵³ à laquelle nous ajouterons l'approche « pragmatique ». L'idée d'exploration conceptuelle sera développée dans la suite de notre thèse.

Premièrement, il est possible que le modèle de rationalité économique soit un modèle descriptif (A) ; nous discuterons ici de la rationalité comme description, comme simple transitivité et comme tautologie. Cette théorie permet de « décrire », « d'expliquer », voire de « comprendre » et de « prédire » les actes des individus, soit parce que le modèle de rationalité est « vrai » soit parce qu'il est possible de faire « comme si » (ce qui suppose un test empirique)³⁵⁴. Après tout, l'une des ambitions de l'analyse économique du droit est une *description* des phénomènes juridiques.

Deuxièmement, le modèle de rationalité se constitue aussi en modèle normatif (B). Il n'indique pas comment les gens agissent mais comment ils devraient agir. Il nous donne donc un critère d'évaluation des actions des agents. Il est possible de comprendre la formule de négligence du juge Learned Hand en ce sens ; si le droit suit de tels standards, les individus devront s'y conformer et alors la norme de devoir être pourrait devenir une description de l'être³⁵⁵.

Enfin, la rationalité peut aussi être analysée comme une simple nécessité méthodologique (C), une abstraction utile dans un but heuristique et herméneutique. Dans ce cas, l'analyse économique du droit sera une sorte de jeu logique permettant de développer des intuitions.

Cette évolution correspond, à peu près, à l'évolution des différentes approches³⁵⁶. La rationalité était perçue par l'utilitarisme d'un Bentham comme une théorie à la fois éthique, descriptive et

³⁵³ Cette distinction est utilisée pour discuter du postulat de rationalité par des auteurs comme par exemple Paul Diesing, *The Nature and Limitations of Economic Rationality*, 1950, *Ethics*, vol 61, n°1, pp 12-26

³⁵⁴ Il faudra distinguer pour ne pas confondre les niveaux.

³⁵⁵ Ce qui pose des questions quant à la désirabilité du raisonnement économique en droit.

³⁵⁶ Paul Diesing, *The Nature and Limitations of Economic Rationality*, op cit, pp 12-17 présente une évolution schématique mais très intéressante de l'évolution du postulat de rationalité sans rejoindre l'idée d'une rationalité comme nécessité méthodologique.

normative³⁵⁷. La formulation plus précise des axiomes de rationalité et la volonté de faire de l'économie une science ont conduit à cette dissociation. Dès lors que la théorie s'« affine » en se voulant scientifique, elle suppose la possibilité d'une irrationalité testable ce qui pose la question de la qualité explicative ou normative des postulats de rationalité.

Il est intéressant de noter que le statut épistémologique de l'hypothèse de rationalité a un impact sur la justification de l'adoption du principe dans l'analyse de certains phénomènes juridiques.

A. La rationalité comme hypothèse descriptive

Les économistes et les praticiens de l'analyse économique du droit reconnaissent que le modèle de rationalité économique néoclassique n'est qu'un modèle et qu'il n'est pas strictement descriptif comme tel. Certains ne renoncent pas pour autant à faire du principe rationalité un principe « explicatif »³⁵⁸, fonction qu'il occupait chez les économistes classiques comme Adam Smith, Turgot ou encore Ricardo³⁵⁹, Bastiat, etc. Pour ces économistes, le rationnel et le raisonnable³⁶⁰ se confondaient.

Les économistes cherchent à faire de leur discipline une science et visent donc une « explication scientifique ». Se pose naturellement la question de savoir ce que les économistes entendent par science et par méthode scientifique³⁶¹. Ceci nous permettrait de mieux comprendre le statut du postulat de rationalité comme théorie « explicative ». En effet, *si cette théorie ne permet pas de discriminer entre rationalité et irrationalité, elle peut tout expliquer par définition*. Le principe de rationalité devient un simple principe d'interprétation.

Les économistes néoclassiques rejoignent très largement l'approche friedmanienne³⁶², même si celle-ci est largement contestée par les philosophes de l'économie ainsi qu'au sein de l'école

³⁵⁷ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, op cit, spécialement chapitres 1 et 2 de l'introduction.

³⁵⁸ Nous reviendrons très largement sur la distinction entre explication et compréhension lorsque nous étudierons la « scientificité » des résultats de l'analyse économique du droit. Nous ne faisons ici qu'introduire certains problèmes.

³⁵⁹ Sur ce point, voir Maurice Lagueux, *The Rationality Principle and Classical Economics*, 1997, disponible sur http://www.philo.umontreal.ca/textes/Lagueux_Rationality_princip.pdf, 12 pages

³⁶⁰ Cette distinction fera l'objet d'une étude dans la seconde partie de cette thèse.

³⁶¹ Nous nous contenterons d'une présentation rapide afin d'introduire les conditions de possibilité d'une théorie explicative de la rationalité. Pour plus de détails sur l'épistémologie économique (sur laquelle nous reviendrons) voir Mark Blaug, *La Méthodologie Économique*, op cit, pp 83 à 111 qui concluent ainsi : « les économistes modernes prêchent l'infirmité [...] mais ils le pratiquent rarement : la philosophie des sciences qu'ils utilisent peut se décrire comme un "infirmité inoffensif" » (p 111).

³⁶² Outre Posner que nous avons déjà mentionné et qui critique le behavioral law and economics sur la base de l'épistémologie friedmanienne (Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit), Jeanne Schroeder (Just So

néoclassique (par Samuelson notamment). La position de Friedman (dans une interprétation traditionnelle) est un mélange de falsificationnisme et d'instrumentalisme : « *les théories économiques devraient en dernière analyse être jugées sur leurs implications en ce qui concerne les phénomènes qu'elles se proposent d'expliquer* »³⁶³ ou pour reprendre les termes de Friedman : « *the ultimate goal of a positive science is the development of a "theory" or "hypothesis" that yields valid and meaningful (i.e., not truistic) predictions about phenomena not yet observed [...] theory is to be judged by its predictive power for the class of phenomena which it is intended to "explain"* »³⁶⁴. Autrement dit, une théorie est avant tout, pour les tenants de cette approche, un outil de prédiction et nous serions tenté d'ajouter un outil de post rationalisation.

La première question à se poser est celle de savoir si l'hypothèse de rationalité n'est qu'une simple tautologie, c'est-à-dire s'il est possible de falsifier cette hypothèse (1). En effet, s'il est possible de tout « expliquer » par le biais de cette hypothèse, on peut s'interroger sur la valeur d'une telle explication.

Le point le plus litigieux de l'épistémologie friedmanienne (ce que Samuelson appellera « la distorsion F »³⁶⁵ : « *the (empirical) unrealism of the theory 'itself' or of its 'assumptions', is quite irrelevant to its validity and worth* »³⁶⁶) sera étudié par la suite. Nous nous pencherons donc sur l'interprétation de la rationalité dans une théorie explicative : la rationalité est-elle une théorie psychologique ou un simple instrument de prédiction (2) ? Si l'argument de Friedman va clairement dans le sens de l'instrumentalisme, les économistes ne renoncent généralement pas à une forme de « réalisme » des hypothèses. Ce point est d'autant plus important qu'une grande partie des critiques de la rationalité néoclassique se fonde sur un plus grand réalisme des hypothèses et un appel à la psychologie.

Stories, op cit, p 355) réaffirme le fait que la majorité des praticiens de l'analyse économique du droit se réfère à cette épistémologie. Elle cite d'ailleurs de nombreuses références qu'il est inutile de mentionner ici.

³⁶³ Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, p 111

³⁶⁴ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, op cit, pp 183-184

³⁶⁵ Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, pp 97-107. La notion de « distorsion F » apparaît pour la première fois dans un commentaire de Samuelson sur un article de Nagel (G. Archibald; Herbert Simon; Paul Samuelson, Comment, 1963, *The American Economic Review*, Vol 53, n°2, Papers and Proceedings of the Seventy-Fifth Annual Meeting of the American Economic Association. pp. 227-236, pp 231-236 pour la position de Samuelson, spécialement p 231 pour l'apparition du « Friedman twist »).

³⁶⁶ G. Archibald; Herbert Simon; Paul Samuelson, Comment, op cit, p 232. Samuelson fait ici écho

Nous n'aurons pas l'occasion de revenir de façon exhaustive sur la très vaste littérature consacrée à la méthodologie de Friedman. Nous nous contenterons de donner des indications pertinentes pour notre sujet.

1. Théorie explicative ou simple tautologie : la théorie de la rationalité est-elle falsifiable ?

Pour qu'une explication économique puisse être « scientifique » il est nécessaire qu'elle ne puisse pas tout expliquer et son contraire, autrement dit qu'elle soit falsifiable. Cette notion de falsification est la moins controversée de l'épistémologie friedmanienne et se rapproche des conceptions de Popper et Lakatos³⁶⁷. Posner affirme ainsi que « *Karl Popper, whose philosophy has been highly influential in economics, claimed that falsifiability was an essential feature of any useful scientific theory. If a theory cannot be falsified, neither it nor its predictions can be validated, for everything that happens is by definition consistent with the theory* »³⁶⁸. Afin d'analyser si la rationalité est une théorie explicative au sens scientifique, nous devons donc être en mesure de la falsifier en identifiant de possibles « irrationalités ».

Nous ne cherchons pas ici à savoir s'il s'agit d'une théorie plus ou moins descriptive du comportement des agents, nous cherchons simplement à savoir si cette théorie débouche sur des prédictions falsifiables, si elle n'est pas une simple tautologie.

Supposons qu'un individu décide de voler une voiture devant un commissariat, en plein jour. Cet acte est-il irrationnel ? La théorie du choix rationnel n'est d'aucune utilité, en elle-même ; être rationnel ne signifie pas être raisonnable. En effet, comme le remarquent Hausman et McPherson, il devient difficile de séparer ce qui est réel et ce qui est rationnel puisque la théorie du choix rationnel est simultanément une théorie du choix *actuel*³⁶⁹. Varian va dans le même sens en considérant que le principe d'optimisation est presque une tautologie : « *si les gens sont libres de leurs choix, il est raisonnable de supposer qu'ils essaient de choisir ce qu'ils aiment plutôt que ce qu'ils n'aiment pas* »³⁷⁰. Autrement dit, comment discriminer entre une action rationnelle et une action

³⁶⁷ Etrangement Lakatos n'est que rarement utilisé pour « protéger » la théorie du choix rationnel lorsque cette dernière est critiquée. Ces considérations épistémologiques seront étendues pour saisir les « savoirs » économiques.

³⁶⁸ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1560

³⁶⁹ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cot, p 38; voir aussi, Amartya Sen, *Ethique et Economie*, op cit, p 14.

³⁷⁰ Hal Varian, *Introduction à la Microéconomie*, op cit, p 7

irrationnelle ? Pour étudier ce problème, il convient de le décomposer en analysant la rationalité et les actions isolées (a) puis la rationalité et les actions successives (b).

a. rationalité et action isolée

Juger de la rationalité d'une action isolée revient à analyser le principe d'optimalité ou de maximisation de l'utilité ce qui, finalement, n'a pas grand sens.

Nous savons que la rationalité néoclassique est avant tout une théorie formaliste. En tant que telle, elle ne spécifie donc pas le contenu des préférences (la notion d'égoïsme n'étant pas suffisante en elle-même) mais ne s'intéresse qu'à leur relation. Dès lors, il est théoriquement possible de trouver une rationalité à une action isolée, d'autant plus que toutes les préférences sont théoriquement admissibles. Sen est tout à fait clair sur ce point : « *il est possible de définir les intérêts d'une personne de sorte que, quoi qu'elle fasse, on puisse considérer qu'elle poursuit ses propres intérêts dans chaque acte de choix isolé* »³⁷¹. Comme le remarque Simonnot : « *Même si pour démontrer la fausseté de la théorie de l'action rationnelle, on s'efforçait de faire un acte purement irrationnel, cet acte serait encore rationnel, puisqu'il serait mis au service d'une fin, la démonstration en question* »³⁷². Autrement dit, il est toujours possible de reconstruire une action comme maximisation de l'utilité d'un individu en postulant simplement que le but de l'action est l'action elle-même. Ceci suppose donc qu'une « action » soit nécessairement reliée à un but. Evidemment une telle approche ne conduit pas très loin et comme le note David Friedman, pour que la théorie ne soit pas vide, il faut postuler que l'individu a des « objectifs raisonnablement simples »³⁷³ sans que cette dernière expression ait un sens bien précis (alors qu'elle conditionne une « bonne » utilisation de l'analyse économique du droit).

Pour sortir de la difficulté, il faudrait pouvoir connaître les préférences des individus et pouvoir en « déduire » leurs choix futurs (ce qui est problématique sur la possibilité même d'un choix³⁷⁴) ou « actions futures ». Deux options s'offrent alors à nous, chacune étant délicate à mettre en œuvre et ne permettant pas de falsifier d'une façon conclusive la portée descriptive de la théorie du choix rationnel.

³⁷¹ Armartya Sen, *Ethique et Economie*, op cit, p 93

³⁷² Philippe Simonnot, *Economie du Droit*, Tome 1, op cit, p 113

³⁷³ David Friedman, *Hidden Order : The Economics of Everyday Life*, 1997, HarperCollins, New York, 352 pages, p 4

³⁷⁴ par exemple, James Buchanan, *Is Economics the Science of Choice*, op cit, p 4: « *Choice, by its nature, cannot be predetermined and remain choice. If we then define science in the modern sense of embodying conceptually refutable predictions, a "science of choice" becomes self contradictory* ».

a. La première solution serait de demander aux individus de spécifier leurs préférences puis d'étudier s'ils sont cohérents avec leurs affirmations. Si la théorie du choix rationnel est « correcte » (même approximativement), cette étude devrait être possible puisque l'une des premières spécificités est l'existence d'un préordre complet. Même si l'individu était incapable d'explicitement ses choix, la théorie du choix rationnel n'étant pas une théorie « sur la conscience »³⁷⁵ l'existence du préordre ne serait pas remise en cause. Si on demande à un individu si, dans telle situation, il préfère (au sens strict) du thé, du café ou un jus de fruit, qu'il est capable de choisir et qu'on le met dans une telle situation, il « devrait » choisir l'option annoncée ; mais s'il ne le fait pas, l'idée de préordre n'est pas nécessairement remise en cause.

Si nous choisissons une telle approche, il est nécessaire de spécifier les options (et une situation précise) et de ne pas nous en tenir à une définition abstraite des préférences (liste des éléments préférés) dans la mesure où l'examineur ne peut pas savoir comment a été pondéré chacun des éléments permettant de définir des préférences. De même, il faudrait pouvoir construire un questionnaire non susceptible de biaiser les réponses (et donc supposer une certaine identité entre le raisonnement de l'expérimentateur et du sujet) alors que le raisonnement sera nécessairement hypothétique et contrefactuel.

D'une manière générale, cette méthode est peu utilisée en économie néoclassique et en analyse économique du droit traditionnelle (malgré les mesures par la « *willingness to pay* »³⁷⁶ qui synthétisent un ensemble de préférences mais qui ne permettent pas de déterminer un contenu spécifique). Cette méthodologie est d'ailleurs plus souvent attribuée à la sociologie qu'à l'économie.

En tout état de cause, et sans rentrer dans les difficultés liées à la méthodologie d'interrogation, si l'action de l'individu ne correspond pas aux « préférences annoncées » par celui-ci, peut-on en conclure que son action est irrationnelle ? Pas nécessairement car plusieurs défenses sont envisageables. D'une part, il est possible que les préférences de l'individu aient évolué entre le moment où il a été interrogé et le moment où il réalise l'action. D'autre part, il est possible de critiquer la méthodologie d'interrogation pour dire que l'individu n'a pas répondu correctement (volontairement ou involontairement) ou que la situation décrite diffère de la situation à laquelle il a été confronté.

³⁷⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 17

³⁷⁶ Nous étudierons plus longuement ce concept lorsque nous reviendrons sur le critère de « maximisation de la richesse » proposé par Posner.

Dans le même ordre d'idée, il serait possible d'interroger l'individu après une action en lui demandant de juger celle-ci. Il ne sera pas possible de lui indiquer les éléments « importants » à prendre en compte dans la mesure où la maximisation de l'utilité ne se réalise qu'en fonction des connaissances et de la structuration de l'action réalisée par l'individu.

Une fois de plus, si nous considérons que la théorie n'est pas une théorie sur la conscience ou simplement une théorie dont la véracité serait accessible consciemment, il est possible de douter de la capacité de l'individu à rendre compte de son action d'une manière non ambiguë ou suffisamment précise pour falsifier la théorie du choix rationnel.

b. La seconde solution, qui est d'ailleurs la plus souvent adoptée par les économistes lorsqu'ils construisent leurs modèles, est de postuler certaines préférences puis de comparer leurs résultats avec des données historiques³⁷⁷. Certains se contentent de rechercher un modèle permettant de rendre compte d'un phénomène particulier empêchant dès lors toute « réelle » falsification.

Postuler les préférences n'est pas une action strictement « économique » dans la mesure où la détermination de celles-ci ne résulte pas d'une théorie économique (même si elles découlent d'une « culture économique »). En la matière, il s'agit de supposer que les individus ont des buts particuliers (et généralement égoïstes) : les politiciens cherchent à se faire réélire (ce qui suppose donc de définir les critères de réélection et donc les préférences des électeurs, ou au moins les croyances relatives à ces préférences) ; les firmes veulent maximiser leur profits (ce qui suppose aussi de connaître ou de découvrir les préférences des consommateurs) ; etc... D'une manière générale, les buts sont suffisamment abstraits pour ne proposer qu'un plan d'interprétation et non une véritable « falsification ».

La combinaison de la rationalité et de l'égoïsme donne naissance au fameux Homo Economicus. L'égoïsme est en principe radical : « *this model of man is one in which the individual has neither sympathy nor antipathy for others, only a desire to increase the pleasure one gets from life by improving one's health, power, prestige and anything that is pleasant to the senses* »³⁷⁸. Certains modèles ne sont pas aussi radicaux mais il existe toujours un certain égoïsme puisque l'acte *gratuit* est exclu du modèle.

³⁷⁷ La confusion entre falsification et vérification est alors totale. Jeanne Schroeder (Just So Stories, op cit, pp 415-419) critique Richard Posner pour avoir fait cette confusion. Nous reviendrons sur la méthodologie de l'analyse économique du droit lorsque nous étudierons la scientificité de cette approche (Partie 2, titre 1).

³⁷⁸ Hans-Bernd Schäfer et Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, 2004, Edward Elgar Publishing, Northampton, 473 pages, p 55

Si les préférences sont déterminées de façon suffisamment précise pour qu'un écart puisse être observé entre la théorie et la prédiction, il faudra prouver que cet écart résulte d'un problème dans la théorie et non dans son application particulière.

c. On peut enfin, sans préciser les préférences, se restreindre à un type d'interprétation : peut-on rendre compte d'une action en postulant la recherche de l'intérêt propre de l'individu en restreignant les possibilités d'analyse à des intérêts « raisonnables » ? Dans ce cas, on ne dispose plus d'une hypothèse descriptive mais d'une contrainte d'argumentation permettant de rendre celle-ci « économique ». L'économie est alors utilisée pour l'exploration conceptuelle et nous verrons qu'il s'agit de son rôle principal.

La possibilité même de falsifier la théorie par son postulat d'optimisation est extrêmement délicate voire impossible dans la mesure où le positionnement du chercheur est fondamental.

b. rationalité et actions successives

Lorsque la temporalité est ajoutée et que l'hypothèse de cohérence est analysée, la falsification de la théorie du choix rationnel et de ses résultats reste délicate.

L'hypothèse, a priori, la plus facilement « testable » est celle de la transitivité. Autrement dit, s'il est possible de montrer qu'un individu préfère A à B, B à C et C à A, cette préférence est-elle irrationnelle ? Si cette préférence existait à un instant t , certainement. Malheureusement, de telles préférences inscrites dans la temporalité peuvent traduire un changement de préférences et donc ne pas remettre en cause la cohérence interne des préférences d'un individu.

Par ailleurs, le raisonnement abstrait en termes de A, B et C laisse supposer qu'il est clair d'identifier chacune des options. Néanmoins ceci est loin d'être le cas. Si je préfère prendre mon parapluie à ne pas le prendre à un instant t (parce qu'il pleut par exemple), je peux préférer ne pas le prendre à un instant $t+1$ (parce qu'il fait beau et chaud). De même, une option A peut être une combinaison de sous options (un plan d'action par exemple) et même si à un instant $t+1$ je préfère le résultat de l'option A à l'option B, je peux continuer à préférer l'option B sur la période t à $t+3$. Enfin, si « objectivement » A et A' sont identiques dans leurs résultats mais que leur formulation est différente, la possibilité de falsifier sur la base de cette identité (en montrant par exemple qu'un individu préfère A à B et B à A') suppose que l'individu perçoit cette identité comme telle (ce qui est inclus dans l'hypothèse d'omniscience mais pas nécessairement dans l'hypothèse d'une rationalité informée par une information optimale). Si nous ajoutons la notion des multi-personnalités du type Posner, le problème devient insoluble.

Autrement dit, la structure permettant d'analyser la cohérence d'un individu dans ses choix conditionne le jugement sur cette cohérence ce qui rend celui-ci « non scientifique » (si le critère de scientificité est le critère de falsifiabilité dans la mesure où la structuration raisonnable n'est pas un problème scientifique). Ce problème de structure est cependant rarement extériorisé par les économistes.

Face à cette difficulté (concernant la transitivité) et conscients du risque d'une définition tautologique de la rationalité Stigler et Becker postulent une hypothèse (controversée) de stabilité des préférences... et même de préférences universelles : « *Our title seems to us to be capable of another and preferable interpretation : that tastes neither change capriciously nor differ importantly between people* » ou encore « *The establishment of the proposition that one may usefully treat tastes as stable over time and similar among people is the central task of this essay* »³⁷⁹. Si les goûts ne sont pas « capricieux » mais stables, la possibilité de prédire les actions des individus devrait pouvoir se matérialiser et le risque de tautologie devrait « disparaître » : « *Postuler l'hypothèse de fonctions de préférences stables et uniformes se justifie par conséquent de façon explicitement méthodologique : il s'agit de produire des prédictions, infirmables sans ambiguïté, sur le comportement, et d'éviter, chaque fois que cela est possible, les explications particulières fondées sur les changements de goûts, les différences de goûts, l'ignorance et les comportements impulsifs ou névrosés* »³⁸⁰. Si Becker reconnaît l'intérêt de cette approche pour éviter le risque de tautologie³⁸¹, cette préoccupation n'est pas centrale (ou cette centralité n'est pas explicite) dans l'article fondateur de l'hypothèse.

Les auteurs souhaitent simplement aller au bout du raisonnement économique, en ne s'arrêtant pas à une explication fondée sur des différences de goûts : « *the economist continues to search for differences in prices or incomes to explain any differences or changes in behavior* »³⁸². Autrement dit, ils vont montrer comment des phénomènes comme la mode ou l'addiction sont des phénomènes « rationnels » qui ne nécessitent pas le recours à l'idée de changement dans les préférences et qu'une interprétation fondée sur l'idée de stabilité et d'universalité des préférences est utile (ce faisant c'est l'idée même de préférences qui est transformée). Finalement l'hypothèse proposée est « triviale » puisque « *it merely asserts that we should apply standard economic logic as extensively as possible* »³⁸³.

³⁷⁹ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 76

³⁸⁰ Mark Blaug, *La Méthodologie Économique*, op cit, p 228

³⁸¹ Philippe Simonnot, Pousser le raisonnement juridique jusqu'au bout, entretien avec Gary Becker, in *Le Monde*, 7 juin 2002

³⁸² Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 76

³⁸³ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 89

Becker et Stigler reconnaissent que leur hypothèse n'est pas « démontrable »³⁸⁴ mais ils souhaitent convaincre de l'utilité de celle-ci. Le choix du vocabulaire est révélateur. La « reformulation » des problèmes par cette hypothèse serait « éclairante » (*illuminating*)³⁸⁵ ce qui laisse penser que la théorie du choix rationnel n'est pas strictement scientifique mais constitue plutôt un prisme d'interprétation, un codage spécifique ayant des vertus heuristiques et herméneutiques, voire d'abduction (le problème n'est alors plus strictement celui de la prédiction). L'approche économique serait d'ailleurs la seule aussi puissante et aussi générale³⁸⁶ pour « interpréter » les phénomènes.

Ce faisant, l'extension de la théorie du choix rationnel néoclassique à l'ensemble des différents phénomènes de choix devient possible. En effet, même si au premier abord, l'individu semble faire des choix incohérents ou ne maximisant pas son utilité au regard de ses choix antérieurs, cette hypothèse permet de faire entrer de nouveaux phénomènes dans le prisme d'interprétation de la théorie du choix rationnel. Les auteurs offrent ainsi une piste de « rationalisation » des « incohérences » apparentes dans les choix. L'économie devient un véritable schéma d'interprétation des phénomènes.

Accroître les possibilités de rationalisation n'est pas sans poser de nombreuses difficultés, notamment en ce qui concerne l'identification des préférences. En effet, pour les auteurs, la relation de préférences ne se fait pas sur des biens particuliers mais sur des *commodities*³⁸⁷. Par exemple : « *The obvious method of reconciling fashion with our thesis is to resort again to the now familiar argument that people consume commodities, and only indirectly do they consume market goods...The commodity apparently produced by fashion goods is social distinction* »³⁸⁸. Le manque de cohérence dans les choix devient dès lors délicat à identifier puisque celui-ci doit être apprécié à un niveau supérieur d'abstraction (ce que nous avons appelé les préférences de niveau 2) et il faut alors tenir compte de la symbolique des biens. Dès lors, si cette approche est un véritable outil d'abduction pour rendre compte ex post d'un phénomène, il est délicat de l'utiliser pour prédire.

³⁸⁴ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 76 : « *it is a thesis that does not permit of direct proof because it is an assertion about the world, not a proposition in logic* ». En un sens, il s'agit d'un postulat supplémentaire (une simple « hypothèse ») pour faire de la théorie du choix rationnel une théorie « scientifique ».

³⁸⁵ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 77

³⁸⁶ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, p 77

³⁸⁷ Le terme ne dispose pas d'un équivalent satisfaisant en français. Il se rapproche de l'idée de classe de produit. En un sens, on ne consomme plus seulement un bien mais aussi une représentation de celui-ci. Par exemple, en ce qui concerne la mode, le « produit » consommé est le « style » et non tel ou tel produit précis. Le bien n'est plus qu'un moyen vers une fin.

³⁸⁸ Gary Becker et George Stigler, *De Gustibus Non Est Disputandum*, op cit, pp 87-88

Afin de « sauver » la scientificité de l'approche, les auteurs ajoutent, outre l'idée de capital humain, l'idée que les préférences sont « universelles » (puisqu'elles ne varient pas selon les individus... ceux-ci devenant par là même « homogènes »). Par voie de conséquences, elles sont aussi terriblement abstraites. Si les auteurs ne mentionnent pas une liste de ces *commodities*³⁸⁹, Becker mentionne avec approbation la liste des « plaisirs primaires » proposée Bentham³⁹⁰ pour justifier de l'ancienneté de l'approche en termes de « *commodities* ». Il approuve Marshall pour qui les sources de plaisir se résumaient à deux : l'excellence et la distinction³⁹¹.

Dans de telles conditions, la possibilité de falsification est extrêmement limitée, les préférences devenant beaucoup trop vagues pour être opérationnelles (et anticipées dans les prédictions). Si nous ajoutons à cela l'idée de modèle, de raisonnement *ceteris paribus* et de rationalité comme moyenne³⁹², la difficulté tend à devenir insurmontable et la rationalité à devenir un principe de rationalisation plus que de prédiction.

L'hypothèse de rationalité ne semble pas pouvoir être falsifiée (ou de façon très limitée en se concentrant sur le traitement de l'information qui ne remet pas en cause la structure même de la rationalité). Afin de conserver un rôle explicatif (ou prédictif), il faudrait que cette hypothèse soit en adéquation avec l'idée commune de « rationalité », autrement dit que l'hypothèse de rationalité soit vraie par convention.

2. la rationalité comme théorie psychologique ou comme simple instrument : la question de l'irréalisme des axiomes

Si l'hypothèse de rationalité n'est pas « falsifiable » de façon convaincante, elle peut rester « valable » pour « expliquer » ou prédire les phénomènes économiques et juridiques. Nous ne nous pencherons pas ici sur l'importance de cette hypothèse pour l'explication et la prédiction des phénomènes juridiques mais uniquement sur la signification d'une telle hypothèse. La première possibilité est de considérer que cette théorie est une hypothèse psychologique ou une approximation de celle-ci, que les individus agissent en maximisant leurs intérêts (a). Si tel était le

³⁸⁹ au cours de l'article nous retrouvons la santé, la réputation, le style, le plaisir des sens, le style...

³⁹⁰ Gary Becket, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 137: « *these pleasures, which were supposed to exhaust the list of basic arguments in one's pleasure (i.e., utility) function are of senses, riches, address, friendship, good reputation, power, piety, benevolence, malevolence, knowledge, memory, imagination, hope, association and relief of pain* ».

³⁹¹ Gary Becket, *The Economic Approach to Human Behavior*, op cit, p 137

³⁹² Nous reviendrons sur ces différents éléments lorsque nous analyserons la scientificité de l'analyse économique du droit.

cas, cette théorie serait « utile » pour la construction et l'interprétation du droit. La seconde possibilité est de considérer que la théorie est essentiellement instrumentale (b), qu'elle ne correspond pas nécessairement à la « réalité » mais qu'elle conserve des vertus pour prédire les comportements des agents : les agents ne « sont » pas « rationnels » mais se comportent « comme si » ils l'étaient.

Ces deux approches ont des conséquences épistémologiques différentes. Dans le premier cas, on ne renonce pas à une forme de falsification des hypothèses (et donc à un « réalisme » des hypothèses) et à l'introspection, dans le second cas, celles-ci sont relativement inutiles (ou moins profondes en raison du « comme si »). De même, la construction de la théorie est différente. Il va de soi, néanmoins, que ces deux approches sont « liées » puisque le choix d'une hypothèse de rationalité n'est pas purement arbitraire. Si l'hypothèse de rationalité est aujourd'hui essentiellement instrumentale, elle a ses racines dans une conception plus « réaliste » de ce phénomène.

Il est surprenant de constater qu'à l'exception de Posner, aucun manuel d'analyse économique du droit (à notre connaissance), ne précise la valeur de l'hypothèse de rationalité. Il en va de même pour les manuels d'économie, à moins qu'il ne s'agisse d'un ouvrage de méthodologie ou de philosophie économique. Nous ne nous pencherons pas ici sur la validité de la transposition de cette hypothèse dans le champ du droit et des phénomènes juridiques, ni sur la défense que Posner en propose. Nous chercherons uniquement à spécifier le cadre épistémologique.

a. la rationalité comme hypothèse psychologique

Les économistes, d'une manière générale, reconnaissent que le modèle de rationalité néoclassique ne « décrit » pas le comportement des individus lorsqu'ils ont à réaliser un choix et ne rend pas compte de toute la complexité de ce phénomène. Les tests empiriques, sur lesquels nous reviendrons, mettent en avant les lacunes de l'approche notamment en ce qui concerne le traitement de l'information. Dans le champ de l'analyse économique du droit, Posner reconnaît, lui aussi, que l'hypothèse de rationalité n'est pas « réaliste »³⁹³.

L'« irréalisme » de celle-ci est une pré-condition de la théorie : « *but abstraction is of the essence of scientific inquiry, and economics aspires to be scientific* »³⁹⁴. Autrement dit, la théorisation suppose l'abstraction qui impose le choix d'éléments pertinents et de ce fait ne peut pas rendre compte

³⁹³ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 17 « *But its lack of realism in the sense of descriptive completeness* »

³⁹⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 17.

avec exactitude des phénomènes. L'objectif de Posner, et de toute l'analyse économique du droit, est d'analyser les phénomènes juridiques à l'aune d'une représentation stylisée de l'homme et de son fonctionnement. Il sépare ainsi, peut-être trop naïvement, la description et l'explication.

Pour Posner, la théorie du choix rationnel dépasse l'idée de choix conscient puisque « *economics is not a theory about consciousness* »³⁹⁵. Il est possible que le modèle de rationalité soit à l'œuvre à un niveau subconscient. Ainsi, si le bénévolat peut être perçu et interprété par les acteurs comme des actes gratuits, il est possible, à un niveau subconscient, que cet engagement soit intéressé et réponde à un « calcul » coûts-bénéfices. Généralement une telle interprétation se justifie par référence à la théorie de l'évolution. Néanmoins, « *Even if various aspects of our behavior (e.g. parental care) are evolutionary selfish (i.e. were modelled by individual selection), it is not immediately obvious why psychological egoism should have been the proximate mechanism that evolution provided to implement the behavior* »³⁹⁶. Autrement dit, expliquer les actions des individus grâce à l'hypothèse de l'Homo Economicus peut conduire à des explications erronées et il est nécessaire de préciser le niveau que l'on cherche à expliquer.

Posner affirme que le concept de rationalité est objectif et non pas subjectif, c'est-à-dire que le concept vise à comprendre l'action de façon externe (en ne s'intéressant qu'à la situation et non au sujet). Ainsi, et cela vaut pour la majorité de la théorie néoclassique, la rationalité ne fait pas référence au processus de choix mais uniquement au résultat de ce choix : si le choix maximise l'utilité, l'action est « rationnelle », quelle que soit la méthode ayant conduit à celui-ci. La théorie de l'action rationnelle serait donc une théorie behaviouriste et non pas une théorie psychologique (c'est-à-dire se penchant sur le processus de cognition), tout se passe « comme si » les individus étaient rationnels.

En pratique, l'hypothèse de rationalité, en étant utilisée pour l'explication (et non la prédiction) d'un phénomène, tend à devenir « psychologique » en permettant la rationalisation une action. Pour Posner, « *It is particularly important to emphasize that rationality does not entail either complete information or error free reasoning from available information* »³⁹⁷. En reconnaissant des limites à la rationalité il doit, contrairement à ce qu'il affirme, disposer d'une théorie « psychologique » pour rendre compte de ces faits (et considérer une forme de point de vue « interne »). L'objectivité du concept de rationalité signifie seulement qu'on ne s'intéresse pas à la subjectivité de l'acteur mais qu'on lui attribue une « subjectivité standard » ex post fondée sur l'hypothèse de rationalité

³⁹⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 3

³⁹⁶ Elliot Sober, *From a Biological Point of View*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 255 pages, pp 24-25

³⁹⁷ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, p 253

déterminée au préalable (laquelle n'est pas à l'abri, logiquement, d'une critique psychologique). C'est en ancrant plus largement l'hypothèse de rationalité dans le psychologique que naîtra la critique du *Behavioral Law & Economics*.

L'explication « économique » standard n'est pas systématiquement remise en cause car elle correspond à une théorie « probable » du comportement humain dans les circonstances dans lesquelles elle est utilisée (soulignons que nous n'avons qu'une rationalisation de l'action en fonction de l'hypothèse de rationalité). Posner peut donc affirmer, sans véritablement s'étendre sur les implications d'une telle approche, que « *Judged by the test of explanatory power, economic theory is significant (although only partial) success ; so perhaps the assumption that people are rational maximizers of their satisfactions is not so unrealistic* »³⁹⁸. Les implications d'une telle approche sont pourtant déterminantes du point de vue de la justification de l'utilisation de l'hypothèse pour expliquer les phénomènes.

La raison de ce « succès » doit se rechercher dans l'origine de l'hypothèse de rationalité. Celle-ci est une représentation idéalisée de la rationalité des acteurs et de leur psychologie. Elle trouve notamment ses origines chez Aristote pour la structure de base³⁹⁹, et dans les écrits de Hobbes, Hume, ou Bentham pour la partie plus « moderne » de la théorie du choix rationnel⁴⁰⁰. Actuellement l'hypothèse de rationalité est proche du sens commun donné à la rationalité de l'action et à sa psychologie : « *In the main, explanations in economics of the choice behavior of individuals conform to the pattern of folk psychology* »⁴⁰¹. L'hypothèse de rationalité est une formalisation des intuitions de ces auteurs et du sens commun mais n'a plus pour fondement de validité une approche véritablement psychologique.

En tout état de cause, cette hypothèse, si elle est acceptée comme base d'explication, ne fait que saisir une partie de la rationalité (au sens non technique) de l'acteur et ne peut constituer qu'une « explication de principe » dont la validité peut être discutée (on considère l'explication valable par convention dans un certain domaine). Nous aurons ainsi l'occasion d'analyser la question du

³⁹⁸ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 17

³⁹⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op cit, spécialement le livre III dans lequel il propose une véritable théorie de l'action humaine. Il précise ainsi qu'on ne délibère pas sur les fins mais sur les moyens d'atteindre ses fins (1112b 12). Pour lui, la rationalité est une propriété de la délibération. Contrairement à l'approche d'Aristote, pour Posner, la délibération n'est pas une spécificité de l'homme, et le choix ne suppose pas nécessairement une délibération consciente.

⁴⁰⁰ Sur ce point, voir, Martin Hollis et Robert Sugden, *Rationality in Action*, 1993, *Mind*, New Series, vol 102, n°405, pp 1-35, spécialement pp 2-7

⁴⁰¹ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 39

passage d'un modèle formé pour étudier le domaine marchand au domaine non marchand, le droit dans notre cas.

Posner rejette certaines complications qu'il est possible d'apporter au modèle comme l'aversion au risque ou les coûts d'information (il ne suit pas en cela toute la théorie néoclassique). Pour lui, un tel modèle « *is so flexible that no empirical observation can refute it* »⁴⁰². Autrement dit, il ne semble rejeter l'approche que pour la prédiction et non pour l'explication. Pour lui, « *economics is concerned with explaining and predicting tendencies and aggregates rather than the behavior of each individual person ; and in a reasonably large sample, random deviations from normal rational behavior will cancel out* »⁴⁰³. Nous retrouvons ici l'idée que la science économique, telle qu'il l'a conçu, ne s'intéresse qu'aux actions et non aux processus de décision.

Il ne se pose pas la question fondamentale de l'arbitrage entre les différents niveaux d'abstraction, autrement dit du niveau de complexité acceptable lorsque l'on cherche à rendre compte d'un phénomène. Martha Nussbaum note ainsi que « *What is at issue is the question whether the assumptions are too crude, so oversimple that they fail to single out those aspects of the world that are most salient for predictive purpose* »⁴⁰⁴. Schroeder fait une remarque similaire : « *it is important for economic theory to be both abstract enough to be broadly applicable and concrete enough to be reasonably accurate* »⁴⁰⁵. Cet arbitrage n'est évidemment plus une question économique.

L'absence d'une réelle réflexion sur le sujet n'est pas sans poser des difficultés sur la valeur de l'explication économique. Ce point est déterminant pour comprendre la « véritable » valeur épistémologique de l'analyse économique du droit et pour identifier son domaine de validité. Si l'hypothèse de rationalité était une véritable hypothèse psychologique (l'agent *est* rationnel), sa valeur serait clairement différente du cas dans lequel elle n'est qu'une explication en fonction d'une hypothèse arbitraire (« supposons que l'agent soit rationnel ») ou du cas dans lequel elle n'est une explication valable que parce qu'elle conduit à des prédictions acceptables (l'agent se comporte « comme si » il était rationnel).

D'une manière générale, l'hypothèse de rationalité ne se présente pas (ou plus) dans la théorie néoclassique comme une hypothèse psychologique. Nous avons par ailleurs déjà souligné que la

⁴⁰² Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 17

⁴⁰³ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 18

⁴⁰⁴ Martha Nussbaum, Flawed Foundations: The Philosophical critique of (a Particular Type of) Economics, 1997, *University of Chicago Law Review*, n°64, pp 1197-1214, p 1201

⁴⁰⁵ Jeanne Schroeder, Rationality in Law and Economics Scholarship, op cit, p 166

théorie moderne s'est construite en essayant d'évacuer le psychologique et l'introspection. Elle ne le devient que par ricochet.

b. la rationalité comme simple instrument de prédiction

Depuis Friedman et Savage⁴⁰⁶ et plus encore depuis l'article de Friedman sur la méthode de l'économie positive⁴⁰⁷, l'hypothèse de rationalité ne trouverait plus son fondement dans l'introspection ou le sens commun, comme chez Knight⁴⁰⁸ ou les économistes classiques⁴⁰⁹ par exemple, mais dans ses possibilités de prédiction (autrement dit dans sa valeur instrumentale). En effet, si nous souhaitons faire de la science économique une science « positive »⁴¹⁰, nous devons nous intéresser uniquement à des variables observables, les actions, et non aux questions de l'intentionnalité ou du processus de choix. Autrement dit, la question du « réalisme » de l'hypothèse de départ n'est pas fondamentale puisque seule compte sa capacité à « prédire ».

Ce point est clairement mis en avant dans l'article de Friedman et Savage : « *The test by result is the only possible method of determining whether the as if statement is or is not a sufficiently good approximation of reality for the purpose at end* »⁴¹¹. Par là même, la critique psychologique de l'hypothèse de rationalité est écartée en ce qui concerne l'explication des phénomènes et non leur prédiction.

Nous ne reviendrons pas sur la très vaste littérature consacrée à la méthodologie proposée par Friedman et à ses problèmes d'interprétation⁴¹². Nous suivrons l'interprétation « classique » selon

⁴⁰⁶ Milton Friedman et Léonard Savage, The Utility Analysis of Choice Involving Risk, 1948, *The Journal of Political Economy*, vol 56, n°4, pp 279-304

⁴⁰⁷ Milton Friedman, The Methodology of Positive Economics, op cit

⁴⁰⁸ Frank Knight, Anthropology and Economics, 1941 *The Journal of Political Economy*, vol 49, n°2, pp.247-268, spécialement p 254: « *The principles of economy are known intuitively* ».

⁴⁰⁹ Adam Smith par exemple développe sa théorie de la rationalité comme théorie psychologique.

⁴¹⁰ Entendu au sens de Friedman...

⁴¹¹ Milton Friedman et Léonard Savage, The Utility Analysis of Choice Involving Risk, op cit, p 298. Nous retrouvons une formulation encore plus claire dans The Methodology of Positive Economics (op cit, p 184) « *the only relevant test of the validity of a hypothesis is comparison of its predictions with experience* ».

⁴¹² Outre les articles de Jeanne Schroeder et l'ouvrage de Blaug sur la méthodologie économique, on pourra se reporter notamment à Bruce Caldwell, A Critique of Friedman's Methodological Instrumentalism, 1980, *Southern Economic Journal*, vol 47, n°2, pp 366-374 ; William Frazer et Lawrence Boland, An Essay of the Foundations of Friedman's Methodology, 1983, *The American Economic Review*, vol 73, n°1, pp 129-144; James Wible, Friedman's Positive Economics and the Philosophy of Science, 1982, *Southern Economic Journal*, vol 49, n°2, pp 350-360; T.D. Stanley, Positive Economics and Its Instrumental Defence, 1985, *Economica*, New Series, vol 52, n°207, pp 305-319; Lawrence Boland, A critique of Friedman's Critics, 1979, *Journal of Economic Literature*, vol 17, n°2, pp 503-522; D Wade Hands, *Reflection Without Rules*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 480 pages, spécialement pp 53-60 et 235-239

laquelle Friedman est un instrumentaliste. De même, nous ne nous focaliserons que sur les conséquences que le fondement instrumentaliste de l'hypothèse de rationalité a sur la valeur d'une explication fondée sur cette dernière.

Soulignons que le fondement instrumentaliste implique qu'on ne cherche pas à savoir si l'homme est rationnel, mais qu'on suppose, pour les prédictions, qu'il agit comme s'il l'était⁴¹³. Autrement dit, l'hypothèse n'est pas vraie ou fausse mais utile ou non (nous retrouvons ici un pragmatisme à la William James) ; elle n'est que behaviouriste. Pour reprendre le mot de Boland, les instrumentalistes pensent avoir résolu le problème de l'induction en ignorant la vérité⁴¹⁴. Ainsi, si la théorie a pour objectif de prédire, le modèle peut fonctionner ; en revanche si elle a pour objectif de rechercher la « vérité », « d'expliquer », l'instrumentalisme ne peut qu'échouer. L'instrumentalisme est donc opposé, pour une large part, à la *Verstehen* doctrine prônée par Max Weber et ne tient pas compte de la spécificité des sciences sociales en voulant adosser son approche sur celle de la physique.

Avant de nous pencher sur la valeur explicative engendrée par un fondement instrumentaliste de l'hypothèse de départ, intéressons nous à la validité de la théorie pour les prédictions⁴¹⁵. Le point le plus important pour notre sujet est souligné par Hovenkamp : « *An important consequence of instrumentalism is to place strict limits on the domain of any particular hypothesis. A hypothesis that has survived testing in a particular context might fare poorly when used elsewhere* »⁴¹⁶. Ainsi, ce n'est pas parce que l'hypothèse de rationalité fonctionne en économie qu'elle sera capable de prédire en droit (si son fondement est un fondement instrumentaliste). Nous reviendrons en détail sur la possibilité de la « valeur » d'une telle transposition dans la seconde partie de notre thèse.

De même, si plusieurs théories permettent de prédire, comment effectuer le choix ? Nous retrouvons ici la problématique soulevée par Martha Nussbaum faisant écho à la version friedmanienne du rasoir d'Occam « *the choice among alternate hypotheses equally consistent with the available evidence must to some extent be arbitrary, though there is general agreement that relevant considerations are suggested by the criteria 'simplicity' and 'fruitfulness', themselves notions that defy completely objective*

⁴¹³ et Friedman va même jusqu'à préciser qu'une hypothèse fautive mais efficace pour les prédictions ne permet pas de remettre en cause la théorie

⁴¹⁴ Lawrence Boland, *A Critique of Friedman's Critics*, op cit, p 509

⁴¹⁵ Nous ne développerons pas ici la critique interne de l'instrumentalisme. Cette critique se retrouve notamment dans T.D. Stanley, *Positive Economics and Its Instrumental Defence*, op cit, pp 312-317 ; De même, le problème de la prédiction dans les sciences sociales et en droit notamment ne sera abordé que dans la seconde partie de notre thèse.

⁴¹⁶ Herbert Hovenkamp, *Positivism in Law and Economics*, 1990, *California Law Review*, vol 78, n°4, pp 815-852, spécialement p 827

specification »⁴¹⁷. Une fois de plus le choix ne doit pas se réaliser en fonction de la vraisemblance de l'hypothèse mais en fonction de son efficacité. S'il est difficile d'objecter en ce qui concerne la prédiction, rien n'est moins sûr si de la prédiction on induit une explication.

Enfin, peut-on penser qu'une science économique empirique est envisageable ? Est-il possible de véritablement prédire ? Pour Posner, on ne prédit pas des événements particuliers mais des tendances. Fritz Machlup, dans le même ordre d'idée, reconnaît que : « *the test of most of our theories will be more nearly of the character of illustrations than of verification of the kind possible in relation with controlled experiments or with recurring fully identified situations* »⁴¹⁸. Ce problème sera étudié de façon plus approfondie dans la suite de notre thèse.

Supposons qu'une hypothèse conduise à des prédictions qui nous semblent « pertinentes ». Comment savoir si cette hypothèse n'engendre qu'une corrélation fortuite ou correspond à une « réalité » ? S'il est possible de prévoir un phénomène à l'aide de l'hypothèse de rationalité, peut-on en conclure que les hommes sont rationnels (individuellement ou en tant que groupe ; consciemment ou inconsciemment) ? Il est évident que le seul résultat ne permet pas de réduire une hypothèse prédictive à une explication (sauf à considérer comme explication une prédiction ou à nier la possibilité de connaissance du « véritable » mécanisme de rationalité). Comme le précise Maurice Allais : « *En aucun cas la complexité et la valeur scientifique des déductions ne sauraient donner une valeur scientifique aux prémisses* »⁴¹⁹.

Il faut donc, pour répondre à cette question, sortir du champ « instrumental » pour analyser l'hypothèse et son réalisme. Si l'hypothèse s'avère proche d'une conception « valable » (mais plus ou moins abstraite) de la rationalité, l'explication sur la base de l'hypothèse sera acceptable mais cette explication ne rendra pas compte de l'ensemble du phénomène ; il ne s'agira que d'une explication et non de l'explication. En fonction de son degré d'abstraction il sera toujours possible de l'affiner. Si l'hypothèse s'en éloigne trop ou s'avère « fausse », l'hypothèse reste « vraie » face à l'interprétation conventionnelle qu'on se fait de la rationalité. Dans ce dernier cas, cependant, il est peu probable que l'explication proposée semble pertinente ; au mieux, elle sera *éclairante*. Dans le cas de Posner⁴²⁰, l'utilisation de la théorie économique pour expliquer les comportements sexuels est ainsi vivement critiquée par Martha Nussbaum : « *Posner's descriptions of*

⁴¹⁷ Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, op cit, p 185

⁴¹⁸ Fritz Machlup, *The Problem of Verification in Economics*, 1955, *Southern Journal of Economics*, vol 22, pp 1-21, spécialement p 19

⁴¹⁹ Maurice Allais, *Le Comportement de l'Homme Rationnel devant le Risque: Critique des Postulats et Axiomes de l'Ecole Américaine*, 1953, *Econometrica* vol 21, n°4, pp 503-546, spécialement p 518

⁴²⁰ Richard Posner, *Sex and Reason*, 1994, Harvard University Press, Cambridge, 468 pages

human sexuality, in Sex and Reason, do not convey the sense that we are looking at sex the way people generally look at it ; instead, a perspective of lofty detachment has flattened and simplified things that are usually messy and real»⁴²¹.

La théorie néoclassique ne se focalise que sur la rationalité de l'action et non sur le processus de décision. Si nous acceptons que la théorie ne soit qu'une théorie behaviouriste et qu'il soit impossible de véritablement comprendre les mécanismes de la rationalité, une telle approche est tout à fait valable. Si, au contraire, la rationalité peut être analysée, une modification de l'hypothèse peut être envisagée si nous souhaitons une explication plus poussée des phénomènes. Autrement dit, *la méthode à adopter dépend de nos objectifs*.

B. la rationalité comme hypothèse normative

La rationalité est un concept imprégné de normatif⁴²² car les connotations du langage commun s'invitent naturellement. Un individu *doit être* rationnel. Ceci ne signifie pas que toute action rationnelle est « bonne » en totalité ; elle n'est « bonne » qu'en considération d'un objectif. Il faut souligner, à ce sujet, que la rationalité ne peut être normative qu'en ce qui concerne le choix, une fois les fins posées : « *If rationality is just one more value or complex set of values, then calling someone irrational would seem to be no more than a matter of expressing disagreement with his values or norms* »⁴²³. Si le concept de rationalité ne veut pas laisser d'ambiguïtés, il ne doit pas faire références aux fins. La rationalité ne se juge donc que par rapport à des relations et non à des contenus.

La rationalité des fins (ou des préférences) n'a aucun sens en économie puisque la rationalité vise l'adéquation des moyens aux fins. Le modèle néoclassique de rationalité n'est donc pas à strictement parler une hypothèse morale.

Nous souhaitons dans cette sous partie souligner le lien et le passage du descriptif au normatif (1). L'hypothèse de rationalité est un mélange de descriptif et de normatif. Dès lors, elle dispose d'un statut très particulier pour l'explication et la prédiction (2).

⁴²¹ Martha Nussbaum, *Flawed Foundations: The Philosophical critique of (a Particular Type of) Economics*, op cit, p 1200

⁴²² Donald Davidson, *Problems of Rationality*, 2004, Oxford University Press, Oxford, 280 pages, par exemple p 189 : « *Irrationality, like rationality, is a normative concept* »

⁴²³ Donald Davidson, *Problems of Rationality*, op cit, p 189

1. L'imbrication du descriptif et du normatif et l'hypothèse de rationalité

Après les premières remises en cause des axiomes de rationalité, notamment par le célèbre paradoxe de Allais⁴²⁴, une ligne de défense des tenants de la rationalité néoclassique a été d'affirmer que l'hypothèse n'était pas descriptive mais normative⁴²⁵. Pour Shafer, l'interprétation normative de l'hypothèse de rationalité est devenue beaucoup plus importante au cours des 30 dernières années avec la remise en cause expérimentale de l'interprétation empirique⁴²⁶.

Si le concept de rationalité est normatif, la remise en cause empirique de certains axiomes prouve simplement que les individus ne sont pas rationnels et non qu'ils ne devraient pas l'être. Savage prend l'exemple de l'achat d'une voiture⁴²⁷ : un homme achetant une voiture pour 2134,56€ est tenté de la commander avec un poste de radio pour 2228,41€. Pourtant, si l'individu réfléchit et se demande si, disposant d'une voiture, il aurait acheté un poste de radio pour 93,85€ et qu'il conclut par la négative, il réalise qu'il a commis une erreur en commandant la voiture avec le poste de radio. Autrement dit, pour Savage, l'individu devrait respecter les axiomes de rationalité (ici le principe de la chose sûre). Nous retrouvons la même approche chez Posner : « *even if as I believe the sunk-costs fallacy has biological roots, it should not be impossible to educate people out of it* »⁴²⁸.

La question qui se pose alors est délicate : doit-on être rationnel au sens économique ? Pour certains auteurs, ceci est loin d'être le cas⁴²⁹. Sen parle même des « idiots rationnels » puisque le jugement éthique est exclu du modèle⁴³⁰ ; Allais ne considère pas que les individus ayant fait « une erreur » sont irrationnels mais seulement qu'ils sont très prudents. De même, on peut s'interroger sur la légitimité de la démocratie si la rationalité économique est la règle. Pour d'autres, au contraire, la réponse est positive. Pour éviter les confusions, il convient de bien distinguer entre le niveau psychologique conscient, et l'interprétation des actions. Par exemple, peut-on dire qu'une action rationnelle en valeur (au sens de Weber) est une action rationnelle (au sens économique) ?

⁴²⁴ Maurice Allais, Le Comportement de l'Homme Rationnel devant le Risque: Critique des Postulats et Axiomes de l'Ecole Américaine, op cit

⁴²⁵ C'est d'ailleurs la ligne directrice de l'ouvrage de Savage (*Foundations of Statistics*, op cit) ; voir aussi, John Harsanyi, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, op cit, p 16, Robert Sugden, *Rational Choice : a survey of contributions from economics and philosophy*, op cit, p 752

⁴²⁶ Glenn Shafer, Savage Revisited, 1986, *Statistical Science*, vol 1, n°4, pp 463-485, p 464

⁴²⁷ Leonard Savage, *Foundations of Statistics*, op cit, p 103

⁴²⁸ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1575

⁴²⁹ par exemple, Glenn Shafer, Savage Revisited, op cit; voir aussi Philippe Mongin, Modèle Rationnel ou Modèle Economique de Rationalité ?, 1984, *Revue Economique*, vol 35, n°1, pp 9-63, spécialement pp 19-20

⁴³⁰ Amartya Sen, Les Idiots Rationnels, 1977, in *Ethique et Economie*, op cit, pp 87-116

Si nous nous en tenons à l'explication fournie par l'agent, pas nécessairement. Si nous faisons entrer dans le cadre de la rationalité économique une telle rationalité (nous la rationalisons), tout est possible. Autrement dit, la réponse à la question ne peut pas être « scientifique » mais ne fait que dépendre d'un point de vue.

La falsification d'une hypothèse normative est beaucoup plus complexe⁴³¹ que la falsification d'une hypothèse empirique (déjà délicate), tout en étant fondamentale pour ne pas sombrer dans « l'idéologie » et le nominalisme pur. En effet, il faudrait trouver des situations dans lesquels un individu respectant les axiomes serait « irrationnel ». Ceci est impossible (dans le cadre de l'hypothèse) puisque la rationalité a déjà un contenu fixé (d'où le risque du nominalisme). Une critique extérieure au modèle est envisageable mais doit, elle aussi, se construire en système de validité tout aussi infalsifiable. Finalement *un critère de validation d'une hypothèse normative sera de recourir au « sens commun »*. La validation d'une hypothèse normative ne peut plus être scientifique : elle est de l'ordre « rhétorique » (sans sa connotation sophiste) et du raisonnable.

Dès lors qu'une conception normative de rationalité est adoptée, elle permet de fonder des prescriptions ; le choix du modèle est déterminant pour évaluer la validité de telles prescriptions.

L'imbrication du descriptif et du normatif est inhérente à toute théorie de la rationalité. D'une part, elle est constitutive de la théorie dans la mesure où développer une théorie de la rationalité c'est supposer qu'il existe des actions irrationnelles ; la théorie ne devra donc retenir que les actions qui semblent « rationnelles » (afin de faciliter la réflexion, l'ajout du postulat de l'information parfaite est souvent effectué). L'homme (et le théoricien) doit donc être capable de distinguer entre rationalité et irrationalité. S'il souhaite développer un modèle de rationalité, il retiendra donc une approche de la rationalité en partie normative, en faisant de celle-ci un idéal permettant de juger des actions (rationnelles ou irrationnelles). D'autre part, la rationalité suppose qu'un individu soit capable de reconnaître lorsqu'il fait une erreur (mauvais calcul, manque de logique, mauvaise révision des croyances, etc.).

L'imbrication du descriptif et du normatif est parfaitement synthétisé par Dagfinn Føllesdal : « *Man is rational in the sense that man has rationality as a norm* »⁴³². Jacob Marschak va dans le même

⁴³¹ Pour qu'elle soit possible, il faut considérer que le jugement de rationalité peut être suffisamment objectif.

⁴³² Dagfinn Føllesdal, *The Status of Rationality Assumption in Interpretation and in Explanation of Action*, in Michael Martin et Lee McIntyre, *Readings in the Philosophy of Social Science*, 1994, MIT Press, Cambridge, 785 pages, pp 299-310, p 309

sens, « *the theory of rational behavior is a set of proposition that can be regarded either as idealized approximation to the actual behaviour of men or as recommendations to be followed* »⁴³³.

La rationalité ne peut pas être un concept strictement normatif. En effet, sa normativité vient de la possibilité de l'atteindre et la théorie se constitue en fonction d'une idée de rationalité (soit de l'action, soit de la délibération). Signalons à ce sujet que la théorie de l'utilité espérée trouve ses racines dans un échange entre Pascal et Fermat⁴³⁴ visant une question normative. Le problème était le suivant : deux joueurs engagent chacun 32 pistoles dans un jeu de hasard après être convenus que la totalité de la mise appartiendra au premier qui aura remporté trois parties. A l'issue de la première partie, le jeu est interrompu. Comment répartir la somme ? La réponse à cette question nous importe peu pour notre propos⁴³⁵, mais il ne fait aucun doute que la solution proposée par Pascal correspond à l'approche économique de la rationalité avec une forte dimension normative (c'est le *juste* partage qui était en cause).

2. normativité, explication et prédiction

Si l'hypothèse de rationalité est une hypothèse normative, la rationalité est à la fois un objectif à atteindre et un outil pour critiquer le comportement et les actions des individus (en permettant la discrimination entre rationnel et irrationnel). L'hypothèse de rationalité fonctionne comme un idéal type. Elle n'est qu'une représentation stylisée permettant une intelligibilité plus approfondie.

Au niveau de l'interprétation des actions, l'hypothèse de rationalité permet de développer « en creux » des intuitions. Si la rationalité est une norme et que l'individu ne la respecte pas alors que lui-même a pour objectif d'être rationnel, pourquoi agit-il ainsi ? Le *Behavioral Law & Economics* (nous retrouvons aussi la formule plus intéressante de *Law and Economics of Irrational behavior*⁴³⁶) s'est donné pour objectif d'interpréter de tels écarts par rapport à cette norme, notamment lorsque les écarts sont systématiques, en faisant appel à la psychologie. Tout en gardant l'idéal de rationalité comme objectif, les prescriptions peuvent changer en fonction de l'interprétation que l'on donne à l'action : soit les individus ne peuvent pas être rationnels en raison d'éléments

⁴³³ Jacob Marschak, Rational Behavior, Uncertain Prospects, and Measurable Utility, 1950, *Econometrica*, vol 18, n°2, pp 111-141, p 111

⁴³⁴ notamment les lettres de Pascal à Fermat du 29 juillet et du 24 août 1654

⁴³⁵ Pour plus de détails, mathématiques, on pourra se reporter par exemple, outre aux écrits de Pascal et sa fameuse « règle des partis », à Anne Sophie Godfroy-Genin, Pascal : La Géométrie du Hasard, 2000, *Mathématique et Sciences Humaines*, n°150, pp 7-39

⁴³⁶ Francesco Parisi et Vernon Smith, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, 2005, Stanford University Press, Stanford, 613 pages

intérieurs (biais cognitifs, etc.) ou extérieurs (manque d'informations, etc.) et une intervention est nécessaire ; soit les individus peuvent être rationnels et il suffit de les « éduquer ».

Selten distingue sur cette base la théorie des jeux normative et descriptive. La première se construit à partir d'une hypothèse de rationalité parfaite alors que la seconde essaye de décrire le comportement des agents réels en situation de jeu⁴³⁷.

Les prédictions, si elles sont véritablement possibles, ne visent que les comportements d'individus rationnels ; soit nous supposons avec Posner qu'en moyenne les individus sont rationnels et la prédiction est valable pour le monde réel, soit nous considérons que c'est ce qui se passerait si les individus étaient rationnels et, dans ce cas, la prédiction (et la prescription fondée sur la prédiction) n'a plus la même valeur. L'hypothèse de rationalité ne nous donne que des indications pertinentes pour la prise de décision mais ne permet pas de la fonder entièrement. C'est cette version *faible* de l'usage de l'économie que nous plaçons.

Plus important pour l'économie du droit, si l'hypothèse de rationalité devient l'hypothèse de référence permettant de juger de la négligence par exemple (pour ne pas être négligent, il faut être rationnel), le choix de cette norme va entraîner une adhésion plus importante au modèle de rationalité. Pour ne pas être considéré comme négligent, il faut que mon action soit rationnelle au sens économique, j'ai donc intérêt à suivre cette norme. Dès lors, *les prédictions formulées sur la base de cette norme vont avoir tendance à s'auto-vérifier puisque les individus vont respecter la norme de rationalité*. La question de la « désirabilité » du modèle de rationalité se pose alors.

C. La rationalité comme nécessité méthodologique

Penser la rationalité en termes d'hypothèse descriptive ou normative ne nous semble pas permettre de comprendre précisément le statut de cette hypothèse en économie. Nous avons déjà pu constater qu'elle est un mélange entre ces trois domaines (descriptif, normatif et méthodologique) et que les auteurs partagent des avis différents.

Cette hypothèse forme le cœur conceptuel de la discipline⁴³⁸ : l'homo economicus est le paradigme (au sens de Kuhn⁴³⁹) de l'économie néoclassique. Il constitue une contrainte

⁴³⁷ Reinhard Selten, *Game Theory, Experience, Rationality*, 1998, in Werner Leinfellner et Eckhard Köhler, *Game Theory, Experience, Rationality*, 1998, Kluwer Academic Publishers, London, 472 pages, pp 9-34, spécialement p 22

⁴³⁸ Robert Sugden, *Rational Choice : a survey of contributions from economics and philosophy*, op cit, p 751 ; Robin Hogarth et Melvin Reder (eds), *Rational Choice – The Contrast Between Economics and Psychology*, 1986, Chicago University Press, Chicago, 342 pages, p 2

⁴³⁹ Thomas Kuhn, *La Structure des Révolutions Scientifiques*, [1962] 1983, Flammarion, Paris, 285 pages

d'argumentation et permet de développer des schémas d'interprétation (2). Il fonde la base du code de l'économie.

Percevoir la rationalité comme nécessité méthodologique ne signifie pas que cette hypothèse n'a aucune valeur descriptive, prédictive ou normative, qu'elle ne permet qu'un jeu logique et conceptuel⁴⁴⁰ (nous n'aborderons pas cette question ici même si notre point de vue ressortira nécessairement), qu'elle n'est qu'un principe métaphysique. Nous souhaitons simplement souligner que l'hypothèse se comprend beaucoup mieux en examinant sa nécessité méthodologique pour faire muer l'économie en *science* (1).

L'hypothèse de rationalité est un arbitrage entre les impératifs de la discipline (se constituer en « science »), la nécessité de formuler des interprétations, des éclairages « plausibles » ainsi que l'exigence de prédire de façon « adéquate ».

1. la nécessité d'un principe de rationalité pour développer une science économique

a. Si la science économique et l'analyse économique du droit se proposent de prédire, d'expliquer ou de prescrire dans le domaine de l'humain, c'est qu'il doit y avoir quelque chose à prédire, expliquer ou prescrire. Il est donc nécessaire qu'il existe une forme de régularité (réelle ou construite) dans les phénomènes étudiés, que ces phénomènes soient reconnus comme des classes de phénomènes.

Par ailleurs, ces phénomènes doivent avoir une « raison ». L'idée de hasard ou d'aléatoire est rejetée. Nous retrouvons donc le principe « métaphysique » de Leibniz synthétisé par Schopenhauer : « *chaque chose, en général et en particulier, doit avoir une raison suffisante d'être telle ou non autre* »⁴⁴¹. Un tel principe de raison rend les phénomènes intelligibles (en ce sens qu'il permet des interprétations), éventuellement explicables, voire même prévisibles (thèse la plus forte mais qui ne vient qu'après la fonction d'interprétation).

Si nous ajoutons le principe de l'individualisme méthodologique, c'est-à-dire que le tout peut être expliqué uniquement à partir de ses éléments fondamentaux (choisis comme étant fondamentaux), c'est naturellement à partir de l'homme et de ses actions qu'il faut débiter en économie (*a fortiori* en économie du droit). L'homme n'agit donc pas au hasard, il agit pour des raisons (provenant de ses préférences et de ses croyances). Son action est intentionnelle. La

⁴⁴⁰ voir par exemple Lawrence Boland, On the Futility of Criticizing the Neoclassical Maximization Hypothesis, 1981, *The American Economic Review*, n°71, pp 1031-1036; voir aussi Philip Mirowski, *More Heat than Light*, op cit

⁴⁴¹ Arthur Schopenhauer, *De la Quadruple Racine du Principe de Raison Suffisante*, 1997, Vrin, Paris, 223 pages, p 41

rationalité est d'ailleurs souvent définie comme l'adaptation des moyens aux fins⁴⁴². Remarquons que le principe de rationalité permet de passer des préférences et croyances aux actions et des actions aux préférences et croyances (d'où le lien nécessaire entre interprétation et prévisibilité).

Ce principe de raison, appliqué aux sciences sociales en générale, est aussi appelé « principe de charité »⁴⁴³ ou « principe d'humanité »⁴⁴⁴. Il signifie que « *One should attribute to a person the beliefs that one considers it most likely that that person will have, given one's epistemology and given one's knowledge of the person's experiences, education, mental powers, and actions* »⁴⁴⁵. Autrement dit, nous devons être suffisamment « charitables » pour considérer que l'action n'est pas faite au *hasard* mais relève d'une certaine *logique*. Ce principe oriente l'interprétation des actions et ne semble pas « démontrable » en tant que tel. Ce principe constitue donc une proposition ontologique.

Pour Popper, le principe de rationalité est nécessaire si les sciences sociales souhaitent reproduire le modèle épistémologique de l'explication scientifique (l'explication déductive nomologique)⁴⁴⁶ : « *Je regarde le principe de l'action adaptée (c'est-à-dire le principe de rationalité) comme partie intégrante de toute, ou presque toute, théorie testable dans les sciences sociales* »⁴⁴⁷. L'homme est donc supposé agir (en première approximation) d'une façon adaptée à la situation objectivement (au regard de la situation objective) ou subjectivement (au regard de la situation telle que l'acteur la perçoit)⁴⁴⁸.

L'approche de Popper n'est pas sans poser de difficultés (reconnues par l'auteur) comme la question de la réfutabilité du principe pour la concrétisation d'un modèle scientifique dans les sciences de l'homme (d'autant plus que Popper affirme que le principe est « vide »). Pour Popper, le principe est à la fois infalsifiable et nécessaire.

⁴⁴² Nous retrouvons d'ailleurs l'affirmation de Posner... mais nous aurons l'occasion de constater que le principe de rationalité se mue en hypothèse de rationalité en économie. Signalons aussi que la rationalité ne concerne pas la délibération sur les fins.

⁴⁴³ par exemple, Neil Wilson, *Substances without Substrata*, 1959, *Review of Metaphysics*, vol 12, pp 521-539, spécialement p 532 ; nous retrouvons aussi cette appellation chez Quine ou Davidson

⁴⁴⁴ Par exemple, Richard Grandy, *Reference, Meaning and Belief*, 1973, *Journal of Philosophy*, vol 70, pp 439-452, spécialement p 443

⁴⁴⁵ Dagfinn Føllesdal, *The Status of Rationality Assumptions in Interpretation and in the Explanation of Action*, op cit, p 304

⁴⁴⁶ Pour la simplicité de l'analyse, nous resterons au sein de cette épistémologie, même si de nombreuses critiques sont envisageables. Posner fait souvent référence à Popper et l'économie s'est construite à partir de l'idée qu'un tel système épistémologique est atteignable. Pour une critique de cette épistémologie dans les sciences sociales, on pourra se reporter à Philippe Mongin, *La Conception Déductive de l'Explication Scientifique et l'Economie*, 2001, Cahier du laboratoire d'économétrie, Ecole Polytechnique, 25 pages

⁴⁴⁷ Karl Popper, *La Rationalité et le Statut du Principe de Rationalité*, in Emil M. Claassen (eds), *Les Fondements philosophiques des systèmes économiques*, 1967, Payot, Paris, 523 pages, pp. 142-150, p 146

⁴⁴⁸ Cette distinction est importante puisqu'elle permet de distinguer l'explication ex ante et ex post. Sur ce point, voir Robert Nadeau, *Confuting Popper on the Rationality Principle*, 1993, *Philosophy of Social Science*, vol 23, pp 446-467

Ce principe constitue une proposition métaphysique⁴⁴⁹, un a priori synthétique qui ne constitue donc pas une « loi de la nature »⁴⁵⁰. Il ne s'agira pas d'analyser dans le détail la position de Popper, les critiques formulées et les défenses proposées pour sauver le principe de rationalité. Nous souhaitons simplement signaler la nécessité reconnue du principe pour les « sciences » sociales. *C'est à partir de ce principe remanié que l'économie va se constituer.* Les premiers économistes faisaient d'ailleurs plus référence au principe de rationalité qu'à une hypothèse spécifique de rationalité.

b. *Si le principe de rationalité est nécessaire, mais pas suffisant, il ne faut pas en conclure que l'hypothèse de rationalité défendue par la théorie néoclassique bénéficie, elle aussi, du même statut de « vérité » universelle.* Elle est beaucoup plus spécifique (pour justement « coller » au modèle déductif nomologique). Il faut donc veiller à ne pas confondre « l'homme est rationnel » (au sens du principe de rationalité) et « l'homme est rationnel » (au sens économique). Vanberg remarque ainsi que « *the rationality postulate may find quite different interpretations, depending on what assumptions are implied about agents' beliefs or theories* »⁴⁵¹.

Le principe de rationalité est « vide » parce qu'il ne permet aucune réfutation et aucune prédiction. Il ne fait que donner une ligne d'intelligibilité des actions. C'est en ce sens que Mongin considère que le principe n'a pas une force logique convenable⁴⁵².

L'économie a cherché à spécifier le principe pour lui donner un contenu et permettre de faire de la science économique, une « science ». Pour cela, il était nécessaire de pouvoir « prédire » (ne serait ce que théoriquement et sous l'hypothèse du « toutes choses égales par ailleurs ») à partir de l'hypothèse de rationalité afin de disposer de possibilités de réfutation(s).

Par simplicité, nous analyserons l'hypothèse de rationalité parfaite (information parfaite, pas de limitations cognitives pour le traitement des informations, identification des opportunités sans coût, etc.) qui ne réfléchit pas aux conditions de cognition et d'apprentissage. Elle se focalise uniquement sur la situation et non sur l'individu. Dès lors, la solution scientifique est unique et ne dépend que de la situation immédiatement et objectivement perceptible.

⁴⁴⁹ Philippe Mongin, Le Principe de Rationalité et l'Unité des Sciences Sociales, 2002, *Revue Economique*, vol 53, pp 301-323, spécialement p 307 ; Robert Nadeau, Confuting Popper on the Rationality Principle, op cit, p 465

⁴⁵⁰ Robert Nadeau, Confuting Popper on the Rationality Principle, op cit, p 465

⁴⁵¹ Viktor Vanberg, The Rationality Postulate in Economics : its ambiguity, its deficiency an its evolutionary alternative, 2004, *Journal of Economic Methodology*, vol 11, n°1, pp 1-29, p 2

⁴⁵² Philippe Mongin, Le Principe de Rationalité et l'Unité des Sciences sociales, op cit, pp 308, 318

Pour pouvoir faire des prédictions, il faudrait qu'un homme rationnel (au sens économique), placé dans une situation spécifique, y réponde toujours de la même façon qu'il se comporte, comme la pomme de Newton. L'information étant parfaite et son traitement ne faisant pas de difficultés, l'homme rationnel (et nous le verrons aussi l'économie) est hors du temps. La solution donnée à la situation spécifique ne dépend donc pas de l'histoire de l'individu ou de la situation.

Nous avons pu constater que si certaines hypothèses sont faites sur la structure des préférences⁴⁵³, celle-ci peut être représentée par une fonction d'utilité convexe. *Cette fonction ne disposant que d'une seule tangente en chaque point, la maximisation de la fonction sous contraintes conduit à la sélection d'un point unique.* L'idée de maximisation est donc déterminante pour les prédictions. Si un individu choisit une option satisfaisante (pourquoi le ferait-il si la rationalité est parfaite ?), cette option ne peut être déterminée puisqu'elle n'est pas unique. Sauf à considérer que la prédiction ne touche que des classes de solutions et non des solutions particulières.

L'hypothèse de rationalité suppose une structure formelle parfaitement « logique » (et donc mathématisable) qui permet de résoudre « un programme de maximisation » d'un consommateur ou d'un producteur donné, compte tenu des contraintes. L'hypothèse de rationalité suppose donc que les individus connaissent les mathématiques et les lois statistiques et qu'ils ne font pas d'erreurs pour résoudre leur programme.

Il est intéressant de remarquer que la démonstration de Savage sur l'existence d'une fonction d'utilité part du choix et va vers les conditions touchant la relation de préférences (il vise la rationalisation des choix). Cependant, le modèle de rationalité est utilisé « à l'envers » par l'économie qui part des préférences pour aller vers le choix (quelle est l'option rationnelle ?). *Le programme est en fait reconstruit et non résolu ou construit pour résoudre une situation passée.* Les différents théorèmes sur l'existence ne prouvent pas que le modèle est le modèle universel de rationalité mais que le modèle de rationalité est rationalisable avec l'hypothèse de rationalité.

L'égoïsme supposé de l'homo economicus permet de « déterminer » les préférences et donc l'objectif de l'individu. Sans égoïsme (au sens large), il n'y aurait pas de maximisation de l'utilité puisque l'utilité dépend des préférences individuelles. Classiquement, l'égoïsme retenu est cependant assez fort pour faire en sorte que le choix ne dépende pas de la satisfaction des préférences d'autres individus (même si on peut en tenir compte au niveau de la théorie des jeux), et que l'acte de choix soit « pur ». Si un choix dépend de paramètres extérieurs à l'individu, dans une même situation (en considérant que la situation soit définie sans tenir compte de ces paramètres extérieurs), un individu pourrait faire plusieurs actions différentes. Si par exemple, un

⁴⁵³ Si la rationalité est parfaite, il est difficile de parler de croyances...

individu A tient compte du bien-être d'un individu B, et qu'une situation C se présente, nous voulons savoir ce que l'individu A va faire, quel que soit le niveau de bien-être de B. Si le choix de A dépend du niveau de bien-être de B, la prédictibilité est beaucoup plus restreinte. Par exemple, on supposera que la firme cherche à maximiser son profit, que le consommateur cherche à maximiser son bien-être (entendu restrictivement). Nous pourrions aussi constater que la présence d'externalités mine l'idée d'efficacité des marchés.

Dès lors, le comportement de l'homme rationnel (au sens économique) est en quelque sorte déterminé par son programme de base et il ne peut pas varier (ou, plus rarement, selon des conditions précisées à l'avance) pendant la « durée » de l'analyse puisque les préférences sont exogènes et fixées et que le raisonnement se fait *ceteris paribus*.

Postuler que l'individu répond à des incitations n'est pas spécifique à l'hypothèse de rationalité mais peut tout à fait se comprendre au sein du principe de rationalité. La position de Posner est d'ailleurs ambiguë car s'il se réclame de la tradition économique, il ne retient finalement que la notion de maximisation de l'utilité en écartant la question de la structure logique (notamment par la possibilité des multipersonnalités). Kaplow et Shavell retiennent une conception extensive permettant de rationaliser n'importe quelle action⁴⁵⁴. De la même manière, la conception de la rationalité proposée par Becker dans *Accounting for Tastes*⁴⁵⁵ se rapproche plus du principe de rationalité (même si le vocabulaire reste celui de la maximisation de l'utilité) que de l'hypothèse de rationalité. Toutes ces positions restent cependant spécifiées dans la mesure où l'explication inclut l'idée de maximisation de l'utilité sous contrainte.

Cette (re)construction théorique de l'hypothèse de rationalité néoclassique ne pose pas, en elle-même, de problèmes spécifiques. Rien n'empêche de déduire les réactions d'agents rationnels au sens économique ; elle constitue une spécification du principe de rationalité, un exercice d'axiomatisation. C'est lorsque l'hypothèse se pose en modèle descriptif (dans la mesure où elle est irréaliste) ou prédictif (puisqu'il est délicat de comprendre en quoi consiste les prédictions et les conditions de vérification de leur réalisation), voire normatif (puisque l'on se trouve sur le terrain des valeurs), que les problèmes peuvent se poser. Nous aurons l'occasion de revenir sur les « réfutations » empiriques convaincantes⁴⁵⁶ du modèle de rationalité parfaite.

⁴⁵⁴ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, p 18

⁴⁵⁵ Gary Becker, *Accounting for Tastes*, [1996] 1998, Harvard University Press, Harvard, 292 pages. L'auteur affirme ainsi que « *individuals maximize welfare as they conceive it* » (p 139) qui rend le principe totalement irréfutable.

⁴⁵⁶ Il nous semble toujours possible de re-conceptualiser les situations pour qu'il n'y ait pas de « problème »... même si certaines re-conceptualisations n'apparaissent pas comme convaincantes. C'est d'ailleurs ce que tentera de faire Posner lorsqu'il critiquera le behavioral law and economics (Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit).

2. la rationalité comme contrainte d'argumentation et schéma d'interprétation

En spécifiant le principe de rationalité en hypothèse de rationalité, on abandonne des explications possibles. L'individu agit pour la maximisation de son utilité et non en raison d'une éthique ou de traditions (même s'il est possible de prouver que le respect d'une éthique ou de traditions est rationnel au sens économique). Nous ne nous interrogerons pas ici sur l'intérêt d'une telle approche ou sur sa valeur épistémologique (ce point a déjà été abordé en partie et fera l'objet du dernier chapitre de notre thèse). Nous nous focaliserons uniquement sur les conséquences d'une approche de la rationalité comme simple nécessité méthodologique.

Le choix d'une classe d'interprétations *acceptables* (selon la discipline) conduit au caractère limitatif de l'hypothèse de rationalité (de la discipline) qui ne peut, logiquement, se constituer en modèle unique de rationalité. C'est en ce sens qu'on peut parler, pour l'analyse économique du droit, de codage économique du droit : les phénomènes sont observés et analysés à partir d'une grille de lecture fournie par l'économie. Jean François Laslier note ainsi que « *la rationalité individuelle n'est pas une hypothèse de travail, que l'on pose à nouveau dans chaque circonstance étudiée, mais doit plutôt être considérée comme un principe non pas explicatif mais méthodologique, au sens d'une exigence quant à la forme des explications admissibles* » avant d'ajouter que « *la rationalité économique doit donc être considérée comme une exigence qui s'impose à l'économiste en contraignant ses arguments* »⁴⁵⁷, ou simplement son vocabulaire. Un économiste ne pourra donc pas « expliquer » et « analyser » de la même manière qu'un historien, qu'un sociologue (sauf si ce dernier adhère à la théorie du choix rationnel), qu'un philosophe, ou qu'un juriste. Ceci ne signifie pas que les conclusions ne seront pas les mêmes !

De même, face à une situation, l'hypothèse de rationalité nous oriente vers un schéma d'interprétation qui sera, ou non, perçu comme pertinent et validé empiriquement. Elle constitue donc une méthodologie d'approche et de rationalisation des problèmes mais aussi une base sur laquelle de nouvelles théories de la rationalité vont pouvoir se construire en fonction des infirmations empiriques qui pourront survenir.

⁴⁵⁷ Jean François Laslier, *La Rationalité Economique*, op cit, p 168 et p 169

Section 2 : Critique et reformulation de la rationalité néoclassique pour l'analyse économique du droit

« *The task of behavioral law and economics, simply stated, is to explore the implication of actual (not hypothesized) human behaviour for the law. How do “real people” differ from homo economicus* »⁴⁵⁸

Christine Jolls, Cass Sunstein et Richard Thaler

« *Fully rational man is a mythical hero who knows the solution to all mathematical problems and can immediately perform all computations, regardless of how difficult they are. Human beings are in reality very different. Their cognitive capabilities are quite limited* »⁴⁵⁹

Reinhard Selten

Le modèle de rationalité néoclassique est attaqué comme théorie explicative et prédictive des phénomènes qu'elle étudie. En se focalisant sur la situation et non sur l'individu, elle a négligé le processus de cognition pourtant « évident ». Ce faisant, elle s'est détournée de l'homme réel pour un homme idéal.

L'attribution du prix Nobel d'économie en 2002 à Daniel Kahneman et Vernon Smith n'a fait que concrétiser la remise en cause expérimentale du modèle de rationalité parfaite et la montée en puissance de la recherche de rationalités alternatives s'ancrant, plus directement, sur les avancées de la psychologie⁴⁶⁰, de la neurologie⁴⁶¹ et plus généralement des sciences cognitives⁴⁶². La

⁴⁵⁸ Christine Jolls, Cass Sunstein et Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 1998, in Cass Sunstein (eds), *Behavioral Law and Economics*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 431 pages, pp 13-58, spécialement p 14

⁴⁵⁹ Reinhard Selten, *What is Bounded Rationality ?*, in Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, 2001, MIT Press, Cambridge, 377 pages, pp 13-36, p 14

⁴⁶⁰ Le communiqué de presse concernant l'attribution du prix Nobel à Daniel Kahneman souligne ainsi son rôle dans l'intégration des intuitions de la psychologie dans l'économie. La littérature dans le domaine est immense. Nous signalerons les recueils dont Daniel Kahneman est éditeur. Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, 1982, Cambridge University Press, Cambridge, 544 pages ; Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 840 pages ; Thomas Gilovich, Dale Griffin et Daniel Kahneman, *Heuristics and Biases, The Psychology of Intuitive Judgment*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 853 pages

⁴⁶¹ Par exemple, Paul Glimcher, *Decision, Uncertainty, and the Brain, The Science of Neuroeconomics*, 2003, MIT Press, Cambridge, 375 pages; Aldo Rustichini, John Dickhaut, Paolo Ghirardato, Kip Smith et Josè Pardo, *A Brain Imaging Study of the Choice Procedure*, 2005, *Games and Economic Behavior*, vol 52, pp 257-282; Antoine Bechara et Antonio Damasio, *The Somatic Marker Hypothesis, A neural theory of economic decision*, 2005, *Game and Economic Behavior*, vol 52, pp 336-372

rationalité ne devient plus un domaine de recherche spécifiquement économique mais tend à dépasser les frontières disciplinaires, si bien qu'il est difficile de délimiter le champ de l'économie lorsqu'un modèle de rationalité différent de la rationalité parfaite est utilisé (et encore plus lorsque ce modèle ne suppose pas une maximisation) ; rappelons, à cet égard, que Simon est une figure importante de intelligence artificielle. Si l'économie est définie par son approche et que cette approche n'est pas spécifiquement économique dans la mesure où le concept de rationalité est étendu, comment distinguer l'économique du non économique et l'analyse économique du droit, d'une analyse « rationnelle » du droit ?

Evidemment, les « avancées » dans la théorie microéconomique ont eu des effets sur l'analyse économique du droit. Dès lors que des biais cognitifs et des « erreurs » sont identifiés, le droit, qui « souhaite » réguler les comportements, ne peut les ignorer s'il souhaite atteindre une meilleure efficacité.

Il existe déjà deux recueils d'articles touchant le *Behavioral Law & Economics*⁴⁶³ et on ne compte plus le nombre de contributions dérivées de ce type d'approche. Ceci ne signifie pas que cette nouvelle méthodologie ne soit pas contestée ou qu'elle soit parée de toutes les vertus⁴⁶⁴, même si elle est de plus en plus acceptée. De même, l'adoption d'un modèle plus « compréhensif » des processus de décision n'est pas nécessairement opposée à l'utilisation parallèle du modèle de rationalité parfaite (sauf dans le cas où les deux approches se présentent comme des modèles descriptifs de la rationalité). Il suffit de se souvenir de la distinction faite par Selten entre la théorie des jeux normative et la théorie des jeux descriptive. Elle constitue une « boîte à outils » supplémentaire permettant d'analyser des phénomènes juridiques⁴⁶⁵.

En schématisant un peu, il est possible de considérer qu'en analyse économique du droit, la rationalité se résume à l'idée que les individus tiennent compte des conséquences de leurs actions et recherchent leur satisfaction. L'identification des préférences, des conséquences et leur

⁴⁶² Par exemple, Don Ross, *Economic Theory and Cognitive Science, Microexplanation*, 2005, MIT Press, Cambridge, 444 pages; Paul Bourguin et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, op cit; Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, op cit.

⁴⁶³ Cass Sunstein (ed), *Behavioral Law and Economics*, op cit ; Francesco Parisi et Vernon Smith, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, op cit

⁴⁶⁴ Gregory Mitchell, Why Law and Economics' Perfect Rationality Should not be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence, 2002, *The Georgetown Law Journal*, vol 91, pp 67-167

⁴⁶⁵ Les outils de la théorie des jeux et de l'information imparfaite seront étudiés dans notre partie sur l'efficacité dans la mesure où l'individu doit alors prendre en considération le collectif.

valorisation sont à l'origine des différences dans les modèles de rationalité et de la critique du modèle néoclassique de rationalité.

Avant de présenter des modèles alternatifs à la rationalité néoclassique (§2) qui nous apparaissent comme des prismes d'interprétation particulièrement pertinents pour l'analyse « économique » du droit (ce qui ne veut pas dire que nous rejetons totalement la rationalité néoclassique), il apparaît nécessaire de revenir sur des critiques adressées au modèle néoclassique de rationalité (§1) en pointant ses insuffisances.

§1. Critique de la rationalité économique néoclassique : les insuffisances du modèle

Le modèle de rationalité parfaite ne permet pas de comprendre comment les hommes réels abordent et résolvent les problèmes puisque cette question est écartée dès le départ, à travers l'hypothèse d'information parfaite et de l'absence de limitations cognitives. L'homme rationnel au sens économique et l'homme réel diffèrent donc, même si l'homme réel peut être conceptualisé, ex post, comme un homme économique⁴⁶⁶.

Les limitations en termes de connaissance ou de capacité de calcul ne sont pas nécessairement des désavantages dans la résolution des problèmes quotidiens⁴⁶⁷, malgré l'utilisation courante du terme de « *fallacy* ». Dès lors, il reste à savoir si les « erreurs » commises sont de véritables « erreurs », des marques d'irrationalité. Autrement dit, repenser la rationalité peut mettre à mal l'approche normative du modèle économique.

Les remises en question du modèle de rationalité ont été nombreuses. Nous distinguerons, parfois artificiellement, entre les remises en cause empiriques (A) et les remises en cause théoriques (B) du modèle de rationalité néoclassique. Il faut reconnaître que les premières, plus que les secondes ont eu une influence dans le développement de modèles alternatifs de rationalité, plus précisément par leur utilisation en économie. La remise en cause empirique, en effet, critique la précision descriptive et prédictive de la théorie néoclassique de la rationalité. Cette remise en cause théorique peut également jouer sur l'aspect prescriptif.

⁴⁶⁶ Certains des éléments que nous présenterons ont été critiqués en indiquant qu'il est possible de les rationaliser dans une perspective plus large. Nous présenterons ici uniquement les critiques et non les critiques de la critique afin de percevoir des re-conceptualisations possibles de la rationalité.

⁴⁶⁷ Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, Rethinking Rationality, in Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, op cit, pp 2-12, spécialement pp 5-7

A. Remise en cause de la rationalité économique néoclassique sur le plan empirique

Les remises en cause empirique de la rationalité néoclassique sont extrêmement nombreuses et nous n'aurons pas l'occasion de les présenter d'une façon exhaustive⁴⁶⁸, même si notre approche tentera d'être suffisamment complète (au regard des expériences qui ont eu un écho en économie⁴⁶⁹). Elles serviront à illustrer le fait que le modèle néoclassique est insatisfaisant et que certaines « erreurs » ne peuvent être ignorées si nous voulons reconstruire le droit sur l'hypothèse de rationalité des acteurs.

Par soucis de clarté, dans la mesure où la plupart des ouvrages se contentent de répertorier les expériences, nous distinguerons celles (et les problèmes qu'elles ont mis en lumière) liées à la gestion des probabilités (1), celles touchant à l'évaluation de la situation (2) et celles remettant en cause l'idée de maximisation de l'utilité (3). Cette catégorisation n'est évidemment pas la seule envisageable.

Nous retiendrons les termes américains pour la présentation des différents problèmes identifiés.

Nous n'envisagerons pas ici les heuristiques qui correspondent plutôt à une situation dans laquelle les individus vont estimer les probabilités ou prendre une décision dans une situation de véritable incertitude, comme celles liées à l'utilisation « d'ancre(s) » ou fonction de « l'accessibilité » d'un phénomène⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ Pour une approche relativement complète, outre les ouvrages précités de Kahneman, on pourra se référer à Ziva Kunda, *Social Cognition, making sense of people*, 1999, MIT Press, Cambridge, 602 pages ; et à la conférence de Kahneman donnée à l'occasion de l'attribution de son prix Nobel : Daniel Kahneman, Maps of Bounded Rationality : A perspective on intuitive judgment and choice, in Tore Frängsmyr (eds), *Les Prix Nobel, The Nobel Prizes 2002, 2003*, Nobel Foundation, Stockholm, 561 pages, pp 449-489 ; Russell Korobkin et Thomas Ulen, Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 2000, *California Law Review*, vol 88, pp 1051-1144

⁴⁶⁹ par exemple, nous ne présenterons pas le fait que les individus lorsqu'ils font un planning ont tendance à sous estimer la durée de chaque tâche, qu'ils ont tendance à rechercher de l'information alors que ces informations ne modifieront pas l'action, qu'ils ont tendance à post rationaliser leurs actions, qu'ils considèrent que le monde est juste et que les individus n'ont que ce qu'ils méritent, ou encore des problèmes liés aux prophéties auto-réalisatrices, à la tendance à favoriser les membres de son propre groupe ou à croire que ses croyances sont largement partagées etc... Ces différentes tendances remettent, elles aussi, en cause le modèle de rationalité néoclassique. Néanmoins, ces tendances sont considérées comme encore trop « psychologiques » pour avoir un impact sur les modèles de rationalité. L'économie et les modèles économiques de rationalité les ignorent largement. Pour plus de détails, on pourra se reporter à Scott Plous, *the Psychology of Judgment and Decision Making*, 1993, McGraw-Hill, New York, 352 pages ; ou encore Jonathan Baron, *Thinking and Deciding*, 2000, 3e Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 576 pages.

⁴⁷⁰ Nous renvoyons aux mêmes références que celles sus mentionnées. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces heuristiques dans la suite de notre thèse.

1. Les problèmes liés à la gestion des probabilités

Contrairement à ce que l'hypothèse de rationalité parfaite suppose, les individus ont des difficultés à gérer les probabilités. Parmi les nombreux biais, six nous semblent particulièrement pertinents dans la mesure où ils peuvent avoir une influence en droit ou au moins affiner les intuitions que nous pouvons avoir du comportement des individus dans des situations juridiques.

Nous ne présenterons ici que les différents biais, sans en expliquer l'origine ni l'ensemble des critiques. Nous reviendrons sur ces dernières dans la suite de notre thèse.

a. Hindsight bias; le cas de la prédiction à rebours

Ce biais signifie que le jugement touchant la probabilité de la survenance d'un événement peut être modifié si le sujet a eu connaissance de sa réalisation entre temps. Autrement dit, les individus ont une tendance à modifier l'importance relative des éléments ayant conduit à un événement particulier pour les rendre plus compatibles avec ce dernier (les probabilités *ex post* et *ex ante* sont différentes). Le résultat semble donc plus compter que la délibération elle-même : le jugement porte sur ce qui s'est passé et non sur les raisons de la survenance. Le biais identifie ainsi une confusion entre le simple hasard et la « réelle » causalité⁴⁷¹. Il existerait une sorte de déterminisme latent puisque l'évènement semble, après coup, presque inévitable. Pour reprendre la terminologie de Fischhoff qui a mené l'expérience de référence en 1975⁴⁷² : « *In hindsight, people consistently exaggerate what could have been anticipated in foresight. They not only tended to view what has happened as relatively inevitable but also to view it as having appeared "relatively inevitable" before it happened* »⁴⁷³.

En droit, ce biais est potentiellement important. Il n'est pas rare d'avoir ainsi à reconstruire des probabilités, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si un individu a été négligent en ne prévoyant pas un danger⁴⁷⁴. Ce biais ne fait cependant pas l'unanimité tant du point de vue de ses fondations théoriques que de ses applications en droit⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ Ce point est mis en évidence, par exemple, par Hans-Bernd Schäfer et Claus Ott, *The Economics Analysis of Civil Law*, op cit, p 61

⁴⁷² Baruch Fischhoff, Hindsight \neq Foresight, The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under uncertainty, 1975, *Journal of Experimental Psychology : Human Perception and Performance*, vol 1, 288-299

⁴⁷³ Baruch Fischhoff, For Those Condemned to Study the Past, heuristic and biases in hindsight, 1982, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, op cit, pp 335-353, p 341

⁴⁷⁴ voir par exemple, Chris Sanchirico, Finding Error, 2003, *Michigan State Law Review*, vol 4, pp 1189-1203 ; L'auteur précise qu'une recherche électronique, menée sur les revues juridiques, lui a renvoyé approximativement 120 articles mentionnant ce

Dans une expérience menée par Rachlinski et Kamin, trois groupes doivent estimer la probabilité d'une inondation liée au blocage d'un pont à bascule détenu par la ville afin de savoir s'il était nécessaire de payer un gardien pendant l'hiver pour s'occuper du pont (et notamment le lever en cas d'inondation potentielle). La ville est considérée comme négligente si la probabilité d'une inondation est supérieure à 10% (d'après les instructions).

Le premier groupe, à qui on avait donné simplement les éléments à la disposition de la ville pour faire son choix, a conclu pour 76% que l'inondation était si peu probable qu'il ne servait à rien de prendre des précautions. Le deuxième groupe, à qui on avait donné les mêmes informations et l'indication d'une inondation a eu lieu a conclu pour 56,9% que l'inondation était suffisamment prévisible pour que la ville soit responsable. Un troisième groupe qui avait eu les mêmes indications que le deuxième et l'instruction d'éviter le biais, a conclu, comme le deuxième groupe à une responsabilité pour 56%⁴⁷⁶.

Non seulement le biais est important, mais les individus « motivés » à éviter le biais, n'y parviennent que rarement, même par une incitation financière à donner une réponse non biaisée⁴⁷⁷. Un tel biais est évidemment inexplicable dans le cadre de la rationalité néoclassique. Il pose aussi des questions de justice puisqu'il conduit, presque nécessairement, à transformer une responsabilité pour faute (lorsque la faute ne peut pas être clairement exclue) en une responsabilité sans faute.

b. Small sample fallacy ; la difficulté à gérer les petits échantillons

Ce biais signifie que les individus ont tendance à croire que les petits échantillons sont aussi représentatifs que les « grands » échantillons. Plus précisément, Poulton décompose ce biais en quatre « erreurs » : les petits et les grands échantillons sont aussi fiables (problème d'induction),

biais, la plupart reliés aux décisions des jurys (p 1190). Il semble fastidieux ici d'être exhaustif sur cette littérature (notre propre recherche conduit à plus de 550 articles mentionnant le biais) et nous renvoyons à la bibliographie de l'article.

⁴⁷⁵ Par exemple, Mark Kelman, David Fallas et Hilary Folger, Decomposing Hindsight Bias, 1998, *Journal of Risk and Uncertainty*, vol 16, pp 251-269 ; pour plus de références, on pourra se fier à la bibliographie de Chis Sanchirico, Finding Error, op cit.

⁴⁷⁶ Kim Kamin et Jeffrey Rachlinski, Ex Post \neq Ex Ante, Determining Liability in Hindsight, 1995, *Law and Human Behavior*, vol 19, pp 89-104, l'expérience est détaillée pp 93-99

⁴⁷⁷ Wolfgang Hell, Gerd Gigerenzer, Siegfried Gauggle, Maria Mall et Michael Mueller, Hindsight Bias, An Interaction of Automatic and Motivational Factors?, 1988, *Memory & Cognition*, vol 16, pp 533-538

leur distribution est aussi régulière, (cependant) les petits échantillons ne doivent pas être trop réguliers, et enfin l'erreur du parieur⁴⁷⁸.

Nous n'aurons pas l'occasion de revenir en détail sur chacune de ces « erreurs » et nous ne présenterons que quelques expériences avant d'analyser leur importance pour le droit.

L'erreur du « parieur » est plus connue. Les individus ont tendance à considérer qu'une petite série doit être aussi représentative qu'une longue série. Par exemple, si en moyenne, en jouant à pile ou face, j'ai 50% de chance que la pièce tombe sur la face que j'ai déterminée, une partie des individus considère qu'après une série de « pile » (par exemple, cinq « pile » d'affilé), « face » devient plus probable (ou, à la roulette, si rouge est tombé plusieurs fois de suite, certains parieurs considèrent que cette couleur devient moins probable). De même, une série trop régulière (pile, face, pile face, etc... ou pile, pile, face, face, pile, etc...) n'est pas jugée aléatoire⁴⁷⁹.

Une expérience souvent reprise est celle menée par Kahneman et Tversky en 1974⁴⁸⁰. Dans une ville, il y a deux hôpitaux. Dans le premier, on compte 45 naissances en moyenne alors que dans le second on n'en compte que 15. En moyenne, 50% des naissances sont des garçons mais, évidemment, le pourcentage exact varie de jours en jours. Sur la période d'une année, les hôpitaux recensent le nombre de jours où plus de 60% des naissances sont des garçons. Quel hôpital aura le plus de jours de ce type ?

La majorité des étudiants interrogés par Kahneman et Tversky considère que les deux hôpitaux enregistreront environ le même nombre de jours de ce type, ce qui est évidemment inexact. La bonne réponse n'est donnée que par moins d'un quart des étudiants.

Les applications en droit sont assez nombreuses⁴⁸¹. En ce qui concerne la représentativité supposée d'un petit échantillon, si dans un immeuble, plusieurs personnes sont atteintes de cancer, nous aurons tendance à considérer que l'immeuble n'est pas sain (en oubliant la possibilité du rôle de l'aléatoire). Le même problème peut survenir si nous nous référons au nombre de suicides dans une entreprise, à la possession d'un chien dit dangereux, etc. De même, si une semaine de 30 heures est testée avec succès dans 2 ou 3 entreprises, certaines personnes auront tendance à vouloir généraliser le programme.

⁴⁷⁸ E.C. Poulton, *Behavioral Decision Theory*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 314 pages, p 79

⁴⁷⁹ voir par exemple, Daniel Kahneman et Amos Tversky, Subjective Probability : A Judgment of Representativeness, 1972, *Cognitive Psychology*, vol 3, pp 430-454, spécialement pp 434-437

⁴⁸⁰ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, op cit, pp 3-22, spécialement p 6

⁴⁸¹ Voir par exemple Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, 2006, Harvard University Press, Cambridge, 384 pages

D'une manière générale, ce type d'erreur tend à être plus fréquent chez les personnes qui n'ont pas l'habitude d'utiliser les pourcentages et les fréquences⁴⁸².

c. Conjunction fallacy ; la difficulté à gérer la combinaison de probabilités

Ce problème vise les cas dans lesquels un individu aura tendance à se « tromper » (du point de vue de la pure logique mathématique) en considérant que la probabilité de survenance de deux évènements est plus plausible que la probabilité de survenance de l'un des deux. L'individu rationnel au sens néoclassique ne devrait pas faire une telle erreur.

L'expérience type est celle de Kahneman et Tversky⁴⁸³ : Linda est une célibataire de 31 ans, franche et très brillante. Sa matière principale à l'université était la philosophie. En tant qu'étudiante, elle était très concernée par les questions de discrimination et de justice sociale. Elle a déjà participé à des manifestations anti-nucléaires. Les participants devaient classer 8 propositions par ordre de ressemblance avec le portrait proposé. Parmi les propositions, trois étaient particulièrement intéressantes : Linda est guichetière dans une banque (G), Linda est féministe (F) et Linda est guichetière dans une banque et féministe (G&F). Pour 85% de l'échantillon, la probabilité que Linda soit G&F est supérieure à la probabilité qu'elle soit G (ce qui est mathématiquement problématique).

Pareillement, les individus ont tendance à surestimer la probabilité que 7 évènements se réalisent tous si pour chacun d'eux, la probabilité de réalisation n'est que de 90% ; et à sous estimer la probabilité qu'au moins un des 7 évènements ne survienne si la probabilité de survenance n'est que de 10%.

Par extension, cette erreur signifie qu'en ajoutant des détails, on rend une histoire plus probable subjectivement. Ce point est particulièrement intéressant pour justifier des législations ou pour les plaidoiries, même si la connaissance de l'existence de ce biais peut constituer une critique des arguments alors avancés. Ce biais est particulièrement important lorsque qu'on demande à patient d'évaluer les risques d'une opération⁴⁸⁴.

⁴⁸² E.C. Poulton, *Behavioral Decision Theory*, op cit, p 79

⁴⁸³ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment, 1983, *Psychological Review*, vol 90, pp 293-315

⁴⁸⁴ Aaron Twerski et Neil Cohen, Informed Decision Making and the Law of Torts: the Myth of Justifiable Causation, 1988, *University of Illinois Law Review*, pp 607-665, spécialement pp 630-632

d. Regression fallacy ; la tendance à ne pas comprendre les régressions

Si une performance est très en dessous ou très au dessus de la performance moyenne, théoriquement, les prochaines performances devraient tendre vers la moyenne. En effet, le résultat d'une performance ne dépend pas uniquement des capacités mais aussi d'un facteur « chance » (pour certaines performances comme le golf, les concours, le nombre d'accidents de la route, ceci est évident, par extrapolation, nous pouvons aussi faire référence à la taille des gens). Dès lors, une personne qui a eu de très bons résultats va avoir tendance à en avoir de moins bons et une personne qui a eu de très mauvais résultats aura tendance à en avoir de meilleurs (par rapport à la moyenne de cette personne). Même si ce résultat semble contre intuitif, il est statistiquement exact⁴⁸⁵. Ce phénomène a été identifié par Francis Galton en ce qui concerne la comparaison de la taille des parents et des enfants⁴⁸⁶. Remarquons à ce sujet que si l'erreur du parieur est évitée, c'est que l'individu a commis l'erreur de ne pas prendre en compte la régression alors que si l'erreur du parieur est réalisée, la régression a été correctement prise en compte⁴⁸⁷.

La non prise en compte de ce phénomène peut avoir des conséquences assez désastreuses pour l'interprétation des résultats. Comme le remarque Kunda, « *One disturbing consequences of our failure to appreciate regression is that when we notice patterns that are due to regression to the mean, we will be tempted to invent causal theories to account for them* »⁴⁸⁸. Ce biais est particulièrement délicat à interpréter dans la mesure où il ne joue que pour une part et non pour la totalité. Cependant, c'est un paramètre à prendre en compte pour expliquer un phénomène dans lequel ce type de biais pourrait jouer.

Kahneman et Tversky⁴⁸⁹, font référence à la croyance des instructeurs israéliens d'une école d'aviation selon laquelle il ne faudrait pas louer un atterrissage exceptionnel dans la mesure où le pilote aura tendance à faire beaucoup moins bien. En revanche, il faudrait critiquer durement un atterrissage rude car le pilote aura tendance à faire beaucoup mieux au prochain essai. Les auteurs concluent alors que les instructeurs en sont venus à croire, à tort, qu'une critique est plus efficace qu'une récompense. Pour eux, l'influence de la régression est inévitable dans la mesure où les

⁴⁸⁵ Ziva Kunda, *Social Cognition*, op cit, p 75

⁴⁸⁶ Francis Galton, *Regression Towards Mediocrity in Hereditary Stature*, 1886, *Journal of Anthropological Institute*, vol 15, pp 246-263. Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Jugement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, op cit p 10 font une référence directe à Galton.

⁴⁸⁷ Cette remarque est faite par E.C. Poulton, *Behavioral Decision Theory*, op cit, p 128

⁴⁸⁸ Ziva Kunda, *Social Cognition*, op cit, p 75

⁴⁸⁹ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Jugement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, op cit, spécialement pp 10-11 ; ou encore Daniel Kahneman et Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, 1973, *The Psychological Review*, vol 80, pp 237-251, spécialement pp 250-251. Dans ce dernier article, le problème est posé différemment puisqu'il fallait expliquer la raison de la croyance des instructeurs. Aucun étudiant n'aurait mentionné la possibilité du problème de régression vers la moyenne.

progrès entre deux manœuvres sont lents et que les performances ne sont pas fiables (dans la mesure où une part de chance intervient)⁴⁹⁰.

Supposons par exemple qu'après une année au cours de laquelle le nombre de morts sur les routes a augmenté considérablement, le gouvernement mette en œuvre un programme de prévention. L'année suivante, en raison de ce type d'erreur, le gouvernement pourrait considérer que le programme a été un franc succès alors qu'une partie de cette diminution est en fait due à des raisons purement statistiques⁴⁹¹. Ceci pose de réels problèmes pour l'évaluation de certaines politiques ou certaines règles juridiques.

e. Base rate neglect ; la tendance à négliger les probabilités initiales

Afin de mieux comprendre le problème, nous commencerons par revenir sur l'expérience menée par Kahneman et Tversky⁴⁹². Des sujets doivent déterminer la profession (ingénieur ou avocat) d'un individu en fonction d'une description de celui-ci. Par ailleurs, les individus sont informés que les descriptions résultent d'un entretien entre des psychologues et les individus en question. Cet entretien a été réalisé avec chacun de l'ensemble des membres d'une conférence. Afin de manipuler la probabilité initiale qu'un individu soit avocat ou ingénieur, on informe une partie des sujets que dans la première conférence étaient présents 30 avocats et 70 ingénieurs et l'autre partie qu'étaient présents 70 avocats et 30 ingénieurs.

Dans une telle expérience, l'individu bayésien devrait tenir compte de la répartition initiale pour estimer la probabilité qu'une description soit celle d'un ingénieur ou d'un avocat. Logiquement, la probabilité qu'une description soit celle d'un avocat est plus grande si le groupe est composé de 70 avocats et 30 ingénieurs. L'expérience de Kahneman et Tversky montre que la répartition initiale n'entre pas en jeu dans la probabilité qu'un individu appartienne à telle ou telle catégorie ; seule la description semble avoir compté. Dans un article postérieur, les auteurs reconnaissent que certains individus utilisent la répartition initiale, sans pour autant se conformer au modèle bayésien⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, op cit, p 251

⁴⁹¹ Pour une discussion de ce type, voir Donald Campbell, *Reforms as Experiments*, 1969, *American Psychologist*, vol 24, pp 409-429, spécialement pp 413-414

⁴⁹² Daniel Kahneman et Amos Tversky, *On the Psychology of Prediction*, op cit, pp 241-243

⁴⁹³ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *On the Reality of Cognitive Illusion*, 1996, *Psychological Review*, vol 103, pp 582-591, spécialement pp 584-585 sur le base rate neglect, p 585; des expériences ont ainsi montré que les individus pouvaient tenir compte des probabilités initiales ; l'article en cite certaines p 584 que nous n'aurons pas l'occasion d'étudier.

Négliger les probabilités initiales peut conduire à un problème particulièrement délicat en droit : l'« *inverse fallacy* »⁴⁹⁴. Cette erreur fait référence à la tendance à traiter la probabilité d'une hypothèse compte tenu des preuves (par exemple la probabilité de négligence du défendeur compte tenu du dommage du demandeur) de façon identique ou proche de la probabilité des preuves compte tenu de l'hypothèse (par exemple la probabilité que le demandeur ait été blessé si le demandeur a été négligent).

Afin de mieux comprendre ce type d'erreur, prenons l'exemple suivant : un patient présente des symptômes qui font penser au médecin que le patient est atteint d'une maladie rare. 1% des patients présentant ces symptômes sont effectivement atteints. Le docteur fait donc un test sur le patient. Ce test est supposé fiable à 90% (c'est-à-dire que 90% des individus atteints auront un test positif). Si le test s'avère positif, les docteurs ont tendance à croire que l'hypothèse s'est réalisée (que le patient est atteint). Ce faisant, ils confondent la probabilité de la preuve (le test positif) compte tenu de l'hypothèse (le patient est atteint) (90%) avec la probabilité de l'hypothèse (que le patient soit atteint) compte tenu de la preuve (le fait que le test est positif) (seulement 10,8%)⁴⁹⁵. Les médecins ne tiennent pas compte de la répartition initiale de la maladie, c'est-à-dire que 1% des patients présentant ces symptômes sont atteints.

f. Expected Utility Fallacy

La théorie de l'utilité espérée, utilisée comme théorie normative par le modèle de rationalité néoclassique, suppose que les individus choisissent les options qui maximisent leurs espérances de gains ou qui minimisent leurs risques de pertes. Les phénomènes de jeux comme le loto sont là pour contredire la théorie normative.

Les économistes ont alors fait appel à des notions d'aversion pour le risque ou de préférence pour le risque. Par exemple, un individu préférera gagner 3000 à coup sûr que jouer à une loterie où il a 80% de chance de gagner 4000 alors que l'utilité espérée de la seconde loterie est de 3200⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ Voir, Jonathan Koehler, Why DNA Likelihood Ratios Should Account for Errors (even when a national council report says they should not), 1997, *Jurimetrics Journal*, vol 37, pp 425-437;

⁴⁹⁵ pour une discussion détaillée de ce problème, voir, Jeffrey Rachlinski, Heuristics and Biases in the Court : Ignorance or Adaptation, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 61-102, spécialement pp 83-85 ; David Eddy, Probabilistic Reasoning in Clinical Medicine, Problems and Opportunities, 1982, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, op cit, pp 249-267

⁴⁹⁶ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk, 1979, *Econometrica*, vol 47, pp 263-292, spécialement p 266

Un des problèmes touche la violation de l'axiome du principe de la chose sûre. Supposons par exemple que nous ayons à choisir entre deux loteries. Dans la première, nous avons 33% de chances de gagner 2500, 66% de chances de gagner 2400 et 1% de chances de ne gagner que 0. Dans la seconde, nous gagnons 2400 automatiquement. Dans l'expérience menée par Kahneman et Tversky, 82% des individus préfèrent la seconde loterie à la première⁴⁹⁷. Supposons que nous ayons à choisir à nouveau entre deux loteries, dans la première, nous avons 33% de chances de gagner 2500 et 67% de ne gagner rien. Dans la seconde, nous avons 34% de chances de gagner 2400 et 66% de chances de ne gagner rien. 83% préfèrent la première loterie à la seconde.

Si nous remarquons que la première série ne diffère de la seconde que par le fait d'avoir enlevé 66% de chance de gagner 2400 dans chacune des deux loteries, la violation du principe de la chose sûre est évidente. Les auteurs reconnaissent que cette violation a été originairement mise en évidence par Allais dans sa fameuse expérience.

Etrangement, nous assistons à un renversement des préférences lorsque nous avons à traiter avec des pertes. Kahneman et Tversky parlent de « *mirror effect* »⁴⁹⁸. Ainsi, si nous avons à choisir entre gagner 4000 avec 80% de chance ou gagner 3000 avec certitude, les individus préfèrent la seconde option à la première. Par contre, entre perdre 4000 avec 80% de chance et perdre 3000 avec certitude, les individus préfèrent la première option à la seconde.

Nous pourrions multiplier les exemples mais il est déjà clair que la théorie de l'utilité espérée ne rend pas bien compte du comportement réel des agents. Même si nous n'avons pas évoqué le problème, il est évident que les individus sont incapables, en général, de résoudre des problèmes mathématiques sans faire d'erreurs ou de multiplier les probabilités sans effort. Ce problème est particulièrement important en droit lorsque les jurys ont à interpréter des probabilités⁴⁹⁹. Il est probable que le même problème subsiste lorsque seul le juge dispose de probabilités pour prendre sa décision. En plus de la gestion des probabilités, les individus ne conceptualisent pas de façon purement objective les situations.

2. Les problèmes liés à l'évaluation de la situation

L'individu rationnel est capable de comprendre la situation dans laquelle il se trouve et de la conceptualiser de manière objective. Expérimentalement, ceci est loin d'être le cas. Nous nous

⁴⁹⁷ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, spécialement pp 265-266

⁴⁹⁸ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, p 268

⁴⁹⁹ Voir par exemple, D.H. Kaye et Jonathan Koehler, *Can Jurors Understand Probabilistic Evidence*, 1991, *Journal of the Royal Statistical Society, Series A*, vol 154, pp 75-81

intéresserons spécifiquement à quatre biais. Notre présentation ne sera pas exhaustive dans la mesure où la littérature sur le sujet est extrêmement vaste, l'ensemble des sciences cognitives et une partie de la psychologie s'intéressant à l'acquisition de l'information⁵⁰⁰.

a. Apparent overconfidence et self serving bias : optimisme et fierté construite

1. D'une manière générale, dans l'évaluation d'une situation, les individus ont tendance à surestimer leurs capacités. Pour reprendre la formulation de Ulen et Korobkin, ce biais correspond à « *the belief that good things are more likely than average to happen to us and bad things are less likely than average to happen to us* »⁵⁰¹. L'évaluation de ce biais est délicate car il existe des différences entre les individus. Une personne qui considère que la probabilité qu'elle ait un accident de la circulation est inférieure à la moyenne⁵⁰² n'est pas nécessairement sous l'emprise de ce biais dans la mesure où elle est peut-être, objectivement, une meilleure conductrice.

De même, si les individus qui vont se marier connaissent la probabilité qu'un mariage se transforme en divorce, elles ont tendance à considérer que le risque de divorce, en ce qui les concerne est proche de zéro. Une expérience menée sur des couples projetant de se marier est claire : « *although their median response was an accurate estimate that 50% of U.S. couples who marry will divorce, the median response of the marriage license applicants was 0% when assessing the likelihood that they personally would divorce* »⁵⁰³. Pareillement, chacun des parents surestime la probabilité d'obtenir la garde des enfants en cas de divorce.

Les implications de ce biais sont particulièrement intéressantes en droit. En effet, si le criminel rationnel agit en ne tenant compte que de la probabilité d'être pris et de la sanction risquée, ce biais le conduira à sous estimer la probabilité d'être pris. De même, en ce qui concerne le surendettement, les individus auront des difficultés à évaluer les risques qu'ils prennent, et une meilleure information ne sera pas nécessairement plus efficace⁵⁰⁴ (et le pieux mensonge ne semble pas pertinent comme méthode de résolution).

⁵⁰⁰ Ziva Kunda, *Social Cognition, making sense of people*, op cit est une introduction particulièrement intéressante à ce domaine.

⁵⁰¹ Russell Korobkin et Thomas Ulen, *Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, op cit, p 1091

⁵⁰² Le cas est typique, voir, par exemple, Ola Svenson, *Are We all Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers?*, 1981, *Acta Psychologica*, vol 94, 143-148.

⁵⁰³ Lynn Backer et Robert Emery, *When Every Relationship Is above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, 1993, *Law and Human Behavior*, vol 17, pp 439-450, spécialement p 443

⁵⁰⁴ Susan Block-Lieb et Edward Janjer, *The Myth of Rational Borrower: Rationality, Behavioralism, and the Misguided "Reform" of Bankruptcy Law*, 2006, *Texas Law Review*, vol 84, pp 1481-1565, p 1542

2. L'évaluation d'une situation ne devrait pas dépendre d'une pré-théorie ou du rôle de l'individu dans une situation. Par exemple, l'évaluation de l'efficacité d'une politique ou d'une règle de droit ne devrait pas dépendre de nos croyances ou du fait que nous sommes les instigateurs de la politique. Pourtant, les individus ont tendance à interpréter les informations « *in ways that serve their interests or preconceived notions* »⁵⁰⁵. Autrement dit, nos croyances ou notre rôle vont avoir une influence sur l'interprétation des informations. L'interprétation « objective » de la situation est donc délicate à concevoir. Originellement, ce biais faisait référence à la tendance des individus à attribuer leurs succès à leurs propres capacités et leurs échecs à la malchance⁵⁰⁶.

L'expérience menée par Loewenstein, Issacharoff, Camerer et Babcock est particulièrement pertinente pour comprendre les effets de ce biais en droit⁵⁰⁷. Des étudiants en droit sont mis en présence des informations d'un litige. Certains étudiants sont informés qu'ils sont les avocats de la défense, d'autres qu'ils sont les avocats de l'accusation. On demande ensuite aux étudiants d'estimer le montant des dommages et intérêts. Face à des données parfaitement identiques, il aurait été logique d'obtenir des évaluations proches. Or l'expérience prouve que les étudiants supposés représenter la défense ou l'accusation, auront tendance à interpréter les faits en leur faveur. Ainsi la différence dans les estimations de la juste réparation entre les avocats représentant l'accusation et les avocats représentant la défense est, en moyenne, de plus de 17000€ (entre 37028€ et 19318€)⁵⁰⁸. Ce problème joue un rôle important dans l'absence de résolutions à l'amiable⁵⁰⁹ mais aussi dans le sentiment que « justice » a été rendue (ce qui impose donc une justification serrée de la part des juges).

Un tel biais joue potentiellement un rôle important en matière de contrat et d'interprétation. La révision des clauses pénales par le juge pourrait se justifier en fonction d'un tel phénomène.

⁵⁰⁵ Russell Korobkin et Thomas Ulen, *Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, op cit, p 1093

⁵⁰⁶ M. Zuckerman, *Attributions of Success and Failure Revisited, Or: The Motivational Bias is Alive and Well in Attribution Theory*, 1979, *Journal of Personality*, vol 47, 245-287. La politique est l'exemple type.

⁵⁰⁷ George Loewenstein; Samuel Issacharoff; Colin Camerer; Linda Babcock, *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, 1993, *Journal of Legal Studies*, vol 22, pp 135-159. Pour avoir participé à une expérience de ce type, les résultats sont assez spectaculaires.

⁵⁰⁸ George Loewenstein; Samuel Issacharoff; Colin Camerer; Linda Babcock, *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, op cit, pp 150-151

⁵⁰⁹ outre George Loewenstein; Samuel Issacharoff; Colin Camerer; Linda Babcock, *Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, op cit; Linda Babcock et George Loewenstein, *Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self Serving Biases*, 1997, *Journal of Economic Perspectives*, vol 11, pp 109-126

b. Bias by frame : formulations et remise en cause de la transitivité

Si l'individu était rationnel au sens néoclassique, la formulation d'un problème ne devrait pas avoir d'influence sur son choix final puisque seules les conséquences comptent. Kahneman et Tversky nous montrent que ceci est loin d'être le cas⁵¹⁰ : la formulation d'un problème joue sur la perception de l'individu et donc sur sa décision.

Supposons qu'un virus frappe un pays et que 600 personnes risquent d'en mourir si nous n'intervenons pas. Deux programmes existent. Dans le premier, 200 personnes sont sauvées avec certitude. Dans le second il y a 33% de risque que 600 personnes survivent et 66% que personne ne soit sauvé. Dans ce cas, 72% des individus participant à l'expérience préfèrent le premier programme au second.

Si nous reformulons le problème, nous obtenons des résultats opposés. Dans la même situation, les deux programmes sont formulés ainsi. Dans le premier programme, 400 personnes meurent avec certitude. Dans le second, il y a 33% de chance que personne ne meurt et 66% de risque que toutes décèdent. Dans ce cas, les individus préfèrent le second programme au premier alors qu'objectivement les situations sont identiques.

Pour les auteurs, la conclusion est claire : « *choices involving gains are often risk averse and choices involving losses are often risk taking* »⁵¹¹. Ce renversement des préférences a déjà été observé lorsque nous avons examiné le « *mirror effect* ».

L'effet de formulation peut remettre en cause la transitivité des choix. Supposons que nous soyons sur le point d'acheter une veste à 125€ et une calculatrice à 15€. Le vendeur de la calculatrice nous indique qu'il y a une promotion sur la calculatrice dans le magasin central situé à 20 minutes. 68% des individus interrogés sont prêts à faire un tel trajet pour économiser 5€. En revanche, si nous disons que la veste coûte 15€ et la calculatrice 125€ et que le magasin central fait une réduction de 5€ sur la calculatrice, seuls 29% sont prêts à faire le même trajet⁵¹². Théoriquement, le rabais étant le même pour les mêmes objets, nous devrions être indifférents entre les deux formulations. Dès lors, nous violons la transitivité puisque nous préférons nous déplacer plutôt que d'acheter les deux biens dans le même magasin dans le premier cas et nous

⁵¹⁰ Daniel Kahneman et Amos Tversky, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, 1981, *Science*, New Series, vol 211, pp 453-458; La même expérience est reprise par les auteurs dans Daniel Kahneman et Amos Tversky, Choices, Values and Frames, 1984, *American Psychologist*, vol 39, pp 341-350, spécialement p 343

⁵¹¹ Daniel Kahneman et Amos Tversky, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, 1981, *Science*, New Series, vol 211, p 453

⁵¹² Daniel Kahneman et Amos Tversky, Choices, Values and Frames, op cit, p 347

préférons acheter les deux biens dans le même magasin plutôt que de nous déplacer dans le second⁵¹³.

D'une façon identique, si une personne se présente à une représentation et qu'elle se rend compte qu'elle a perdu son ticket (10€), seuls 48% des individus sont prêts à racheter un ticket. En revanche, si la même personne se présente à une représentation et qu'elle se rend compte qu'elle a perdu 10€, 88% des individus sont prêts à acheter un ticket. La formulation du problème semble donc jouer un rôle déterminant dans le processus de décision (et dans la détermination du coût d'opportunité).

Enfin, et de façon tout aussi frappante, nous préférons (et nous considérons plus juste) une augmentation de salaire de 5% dans le contexte d'une inflation à 12% que la baisse de salaire de 7% dans un contexte où il n'y a pas d'inflation⁵¹⁴.

d. sunk cost fallacy ; la mauvaise identification des coûts

Lorsque l'individu rationnel fait un choix, il ne devrait tenir compte que de ses conséquences présentes et futures et non des coûts déjà dépensés (sunk cost)⁵¹⁵. Supposons qu'un individu gagne un ticket pour assister à un match. Il persuade certains de ses amis de venir avec lui en achetant des tickets (12€). Le jour du match, une tempête de neige fait rage. L'individu qui a gagné le ticket annonce à ses amis qu'il n'ira pas au match car le « plaisir » d'assister au match sera moins important que le « déplaisir » de subir la tempête de neige. Ses amis protestent puisqu'ils ne veulent pas perdre les 12€ investis⁵¹⁶. Pour un économiste, la seule question est de savoir si les individus vont tirer un bénéfice plus important en assistant au match que le coût de subir la tempête de neige. Néanmoins, nombreux sont les individus qui vont assister à un événement alors qu'ils préféreraient ne pas y aller pour la seule raison qu'ils ont « payé » le ticket.

⁵¹³ Le problème reste celui de l'identification des préférences à travers une évaluation monétaire.

⁵¹⁴ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Rational Choice and the Framing of Decisions, 1986, *The Journal of Business*, vol 59, The Behavioral foundations of economic theory, pp s251-s278, spécialement pp s261-s262

⁵¹⁵ Ce phénomène n'est pas nécessairement considéré comme une irrationalité. Voir par exemple, Robert Nozick, *The Nature of Rationality*, 1993, Princeton University Press, Princeton, 226 pages, spécialement pp 21-26

⁵¹⁶ L'exemple a été proposé par Hal Arkes et Catherine Blumer, The Psychology of Sunk Cost, 1985, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol 35, pp 124-140, p 125; il est repris et modifié par Richard Thaler, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, in Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames*, op cit, pp 269-287

Une conséquence de ce biais est identifiée par Richard Thaler. Pour lui, le fait de payer pour avoir le droit d'utiliser un bien ou un service va augmenter le taux d'utilisation de celui-ci, toutes choses égales par ailleurs⁵¹⁷. En un sens, lorsqu'il paye, l'individu souhaite rentabiliser son investissement.

Le fait que les individus commettent cette erreur peut servir pour construire des règles juridiques ou mener certaines politiques⁵¹⁸. La connaissance de ce type d'erreur peut aussi être utilisée pour critiquer certains programmes ou certaines politiques, notamment la tendance à continuer d'investir dans une politique au lieu d'allouer les ressources à une autre politique parce que des investissements ont déjà été fait dans la première.

e. endowment effect ; l'influence de la possession sur l'évaluation

Cet « effet » signifie qu'un individu a tendance à considérer que la valeur d'un bien de son patrimoine est supérieure à la valeur de ce même bien à l'extérieur de son patrimoine, toutes choses égales par ailleurs. Autrement dit, « *the endowment effect refers to the observation that people often demand significantly more to give up an object than they would be willing to pay to acquire it* »⁵¹⁹. Cet effet doit son appellation actuelle à Richard Thaler⁵²⁰ et serait une manifestation de la préférence générale pour le statu quo⁵²¹ et de l'aversion pour les pertes⁵²².

Dans une expérience fameuse, on donne à un groupe un mug, et à un autre rien du tout. Les expérimentateurs demandent alors aux individus du premier groupe à quel prix ils seraient prêts à vendre le mug et à ceux du second groupe à quel prix ils seraient prêts à acheter un mug. Classiquement ce type d'expérience révèle une différence dans l'évaluation, les premiers évaluant le mug à un prix très supérieur à celui auquel les seconds seraient prêts à l'acheter⁵²³. D'une

⁵¹⁷ Richard Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, op cit, p 276. Ce phénomène se produit car une partie des individus n'utilise ce bien ou ce service que parce qu'ils ont payé

⁵¹⁸ Russell Korobkin et Thomas Ulen, *Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, op cit, pp 1125-122

⁵¹⁹ Jennifer Arlen, *Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law*, 1998, *Vanderbilt Law Review*, vol 52, pp 1765-1788

⁵²⁰ Richard Thaler, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, op cit, p 274

⁵²¹ William Samuelson et Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1988, *Journal of Risk and Uncertainty*, vol 1, pp 7-59, spécialement p 36

⁵²² Daniel Kahneman, Jack Knetsch et Richard Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias*, 1991, *The Journal of Economic Perspective*, vol 5, pp 193-206, p 194

⁵²³ Daniel Kahneman, Jack Knetsch et Richard Thaler, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias*, op cit, spécialement p 196, le premier groupe demande au moins 7,12\$ alors que le second n'est prêt à payer que 3,12\$.

manière générale, les individus sont prêts à vendre pour plus cher qu'ils ne sont prêts à acheter, le ratio entre les deux évaluations variant entre les différentes expériences de 1,4 à 16,5⁵²⁴. L'effet serait d'ailleurs le plus important pour les biens publics et les biens non marchands⁵²⁵.

Cet effet peut remettre en cause l'idée que les courbes d'indifférence ne peuvent pas se croiser⁵²⁶. En effet, le propre d'une courbe d'indifférence est d'identifier les combinaisons de x et de y permettant d'obtenir le même niveau d'utilité. Dès lors pour passer d'un point de la courbe à un autre point, il suffit d'échanger x pour y puis pour revenir au point initial d'échanger y pour x. Si la valeur de x ou de y dépend de l'appartenance au patrimoine, cette réversibilité est remise en cause.

En droit⁵²⁷, cet effet peut par exemple jouer dans l'évaluation des dommages et intérêts. Supposons par exemple qu'un juge doive évaluer le préjudice esthétique d'une personne. Outre le délicat problème du raisonnement contrefactuel, doit-il se référer au « prix » qu'il serait prêt à recevoir pour subir le même préjudice ou au « prix » qu'il considère « juste » pour « compenser » le préjudice ?

De même, l'existence de cet effet suppose que l'allocation initiale des ressources n'est pas nécessairement neutre⁵²⁸ et peut avoir un rôle sur les réallocations. Ulen et Korobkin remarquent ainsi que même lorsque les coûts de transaction sont faibles « *policymakers concerned with efficiency should attempt to allocate property rights to their most efficient user due to the reduce likelihood of efficient reallocation* »⁵²⁹.

⁵²⁴ Sur ce point, voir Daniel Kahneman, Jack Knetsch et Richard Thaler, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, in Cass Sunstein (eds), *Behavioral Law and Economics*, op cit, pp 211-231, spécialement p 212

⁵²⁵ John Horowitz et Kenneth McConnell, A Review of WTA/WTP Studies, 2002, *Journal of Environmental Economics and Management*, vol 44, pp 426-447, p 427

⁵²⁶ Daniel Kahneman, Jack Knetsch et Richard Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias, op cit, pp 196-197; voir aussi, Jack Knetsch, The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves, 1989, *The American Economic Review*, vol 79, pp 1277-1284

⁵²⁷ Pour une analyse détaillée de l'influence de cet effet sur les politiques juridiques, voir par exemple Herbert Hovenkamp, Legal Policy and the Endowment Effect, 1991, *Journal of Legal Studies*, vol 20, pp 225-247 ; Russell Korobkin, The Endowment Effect and Legal Analysis, 2003, *Northwestern University Law Review*, vol 97, pp 1227-1293

⁵²⁸ Nous reviendrons sur cette idée tirée du théorème de Coase.

⁵²⁹ Russell Korobkin et Thomas Ulen, Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, op cit, p 1110. Ce point sera plus clair après une discussion du théorème de Coase (*infra*).

3. Les problèmes liés à l'idée de maximisation de l'utilité

L'individu rationnel est supposé « maximiser » son utilité. Cette idée est difficilement testable et pourrait être considérée comme une tautologie dès lors que l'utilité est conçue comme purement subjective. Combinée à l'idée d'égoïsme des agents, des tests peuvent être théoriquement mis en place. Dans ce cas néanmoins, il devient difficile de savoir ce qui relève de l'égoïsme ou de la maximisation de l'utilité.

La théorie expérimentale des jeux a mis en évidence que les individus ne semblent pas maximiser leur utilité, du moins lorsque le jeu n'est pas répété⁵³⁰. Nous nous intéresserons plus spécialement ici au jeu de l'ultimatum dans la mesure où une idée de justice transparaît (a) et au jeu du centipède (ou du mille pattes) qui remet potentiellement en cause l'idée de rationalité (b).

a. le jeu de l'ultimatum et l'idée de justice

Le jeu de l'ultimatum a pris de l'ampleur après les premières expérimentations menées par Guth, Shmittberger et Schwarze⁵³¹. Le jeu est relativement simple et nécessite deux joueurs. Le premier reçoit une somme de 10€ et il doit décider un partage de cette somme entre lui et le second joueur. Si le second joueur accepte le partage, la répartition s'effectue. Si le second joueur refuse le partage, aucun des deux joueurs ne part avec quoi que ce soit.

Logiquement, l'individu rationnel au sens économique, confronté à ce jeu, sans que celui-ci ne soit répété, devrait accepter n'importe quelle offre, dans la mesure où quelque chose (s'il accepte l'offre) est toujours mieux que zéro (s'il refuse l'offre). De même, l'individu qui doit réaliser le partage, sachant qu'il est confronté à un individu rationnel, ne proposera à celui-ci qu'une faible somme (voire même la somme minimum) pour en garder la plus grande part (s'il souhaite maximiser son utilité et que l'utilité est mesurée par la somme qu'il va recevoir).

⁵³⁰ Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question. Outre Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, (qui fait dériver les normes de justice d'une répétition de jeux), voir Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, 1984, Basic Books, New York, 241 pages ; Robert Axelrod, *Evolutionary Approach to Norms*, 1986, *The American Political Science Review*, vol 80, pp 1095-1111; Jon Elster, *Social Norms and Economic Theory*, op cit; Paul Mahoney et Chris Sanchirico, *Norms, Repeated Games, and the Role of Law*, 2003, *California Law Review*, vol 91, pp 1281-1329

⁵³¹ Werner Guth, Rolf Schmittberger et Bernd Schwarze, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, 1982, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 3, pp 367-388;

Expérimentalement, les offres représentant moins de 20% de la somme (2€ dans le cas d'une répartition de 10€) sont refusées. Les offres proposées représentent en moyenne 30 à 40% de la somme et il n'est pas rare qu'un partage 50/50 s'effectue⁵³².

Ce résultat semble ne pas dévier en fonction de différences culturelles : que le jeu se déroule à Tokyo, Jérusalem, Ljubljana, ou Pittsburgh, nous retrouvons le même type d'écart par rapport aux prédictions du modèle néoclassique même s'il existe des différences (par exemple les israéliens semblent accepter des offres plus basses que les américains)⁵³³. De même, le résultat semble stable même si les montants en jeu sont plus importants. Par exemple, une offre de 10€ sur une somme initiale de 100 est rejetée à 75%, et une offre de 30€ est elle aussi rejetée par 40% des individus⁵³⁴. Nous pouvons néanmoins nous demander si le résultat reste robuste lorsque les sommes sont très élevées. Par exemple, il semble peu probable (mais pas impossible) qu'une offre de partage de 1 million, même ne représentant que 10% de la somme, soit rejetée. D'autres expériences se sont intéressées au rôle du sexe des individus (voire même de leur beauté) dans le déroulement du jeu⁵³⁵.

Pour Richard Thaler, un tel écart avec les prédictions de la théorie néoclassique pourrait s'expliquer par le fait que « *Allocators who make significantly positive offers could either have a taste for fairness, and/or could be worried that unfair offers will be (rationally or mistakenly) rejected* »⁵³⁶. La théorie néoclassique est donc remise en cause (sauf bien évidemment, si on accepte de faire entrer ce type de goût dans la fonction d'utilité⁵³⁷) tant du point d'un vue descriptif que d'un point de vue prédictif, sauf à faire entrer de nouveaux paramètres.

Thaler considère même qu'une partie de l'explication est liée à ce goût pour la justice dans la mesure où même si on impose à un individu d'accepter n'importe quelle offre, les propositions

⁵³² Colin Camerer et Richard Thaler, Anomalies : Ultimatums, Dictators and Manners, 1995, *The Journal of Economic Perspectives*, vol 9, pp 209-219, p 210. Il est possible de montrer que cette stratégie est pertinente au niveau évolutionnaire.

⁵³³ Alvin Roth, Vesna Prasnikar, Masahiro Okuno-Fujiwara et Shmuel Zamir, Bargaining and Market Behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An Experimental Study, 1991, *The American Economic Review*, vol 81, pp 1068-1081, spécialement pp 1070 et 1089

⁵³⁴ Elizabeth Hoffman, Kevin McCabe et Vernon Smith, On Expectations and the Monetary Stakes in Ultimatum Games, 1996, *International Journal of Game Theory*, vol 25, pp 289-301, p 296

⁵³⁵ Gad Saad et Tripatt Gill, Sex Difference in the Ultimatum Game: an Evolutionary Psychology Perspective, 2002, *Journal of Bioeconomics*, vol 3, pp 171-193

⁵³⁶ Richard Thaler, Anomalies : The Ultimatum Game, 1988, *Journal of Economic Perspectives*, vol 2, pp 195-206, p 197

⁵³⁷ Par exemple, Ulen critique la conception de Thaler en utilisant un tel argument : Thomas Ulen, Rational Choice and the Economic Analysis of Law, 1994, *Law and Social Inquiry*, vol 19, pp 487-522, p 498. Nous retrouvons alors la délicate question de la falsifiabilité de l'égoïsme supposé de l'individu.

restent « justes »⁵³⁸. Une telle affirmation laisse supposer qu'il existerait une conception « partagée » de la notion de justice, voire un fondement biologique à cette conception⁵³⁹, ce qui n'est pas sans intérêt pour la théorie du droit. Nous n'aurons cependant pas l'occasion ici de d'approfondir cette approche.

b. jeu du centipède

Le jeu du centipède défie, lui aussi, les capacités de description et prédiction de la théorie néoclassique, voire même ses capacités de prescription⁵⁴⁰. Ce jeu est lié à la notion de « *backward induction* » (induction à rebours).

Nous ne nous pencherons pas ici sur les fondements théoriques de cette méthode, qui est au centre d'une grande partie des résultats de la théorie des jeux (par exemple de la démonstration de l'existence d'une solution aux Echecs⁵⁴¹), et notamment de la possibilité de la dériver d'une l'hypothèse de rationalité des joueurs connue et comprise par chacun des joueurs⁵⁴².

Le jeu est relativement simple et contient de nombreuses variantes⁵⁴³ (originellement le jeu comptait 100 coups d'où le nom du jeu du centipède). Supposons que nous disposions de 10,5€ divisée en un tas de 10€ et un tas de 0,5€. Le premier joueur doit choisir entre prendre le tas de 10€ et laisser à l'autre joueur 0,5€ (dans ce cas le jeu se termine) ou passer son tour. Dans ce dernier cas, les montants sont multipliés par 10. Le second joueur a ainsi le choix entre prendre

⁵³⁸ Richard Thaler, *Anomalies : The Ultimatum Game*, op cit, p 198; 76% des individus vont diviser de façon équitable la somme.

⁵³⁹ Voir par exemple, Jane Maienschein et Michael Ruse, *Biology and the Foundation of Ethics*, 1999, Cambridge University Press, Cambridge, 336 pages

⁵⁴⁰ par exemple, Ken Binmore, *Rationality in the Centipede*, 1994, in Ronald Fagin (ed), *Theoretical Aspects of Reasoning About Knowledge: Proceedings of the Fifth Conference*, Morgan Kaufmann, San Francisco, 340 pages, pp 150-159, spécialement pp 150, 154

⁵⁴¹ La démonstration aurait été faite en 1913 par Zermelo.

⁵⁴² Robert Aumann, *Backward Induction and Common Knowledge of Rationality*, 1995, in Robert Aumann, *Collected Papers*, vol 1, 2000, MIT press, Cambridge, 786 pages, pp 635-648; pour une critique, voir par exemple, Philip Reny, *Common Knowledge and Games with Perfect Information*, 1988, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, Vol. 1988, Volume Two: Symposia and Invited Papers, pp 363-369; Ken Binmore, *Rationality in the Centipede*, op cit. Cette question n'apparaît que rarement dans les manuels de théorie des jeux. Généralement, cette méthode ne fait pas problème, par exemple, Douglas Baird, Robert Gertner, Randal Picker, *Game Theory and The Law*, op cit, p 50. Nous pouvons remarquer que si Aumann a raison, la question qui se pose alors est de savoir si la rationalité des joueurs est une connaissance publique (common knowledge). Il suffit de dévier un temps soit peu de l'hypothèse que la rationalité comme une connaissance publique pour que les résultats changent (David Kreps et Robert Wilson, *Reputation and Imperfect Information*, 1982, *Journal of Economic Theory*, vol 27, pp 253-279 ; Paul Milgrom et John Roberts, *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, 1982, *Journal of Economic Theory*, vol 27, pp 280-312). La solution proposée par la méthode n'est donc valable que dans un domaine restreint.

⁵⁴³ Pour une autre formulation, voir par exemple Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, pp 71-72

100€ (et le jeu se termine) et laisser 5€ au premier joueur ou passer son tour. Nous supposons que le jeu est fini, c'est-à-dire qu'au bout d'un certain nombre de coups, le jeu doit s'arrêter, même si chacun des joueurs passe la main. Nous supposerons aussi que le nombre des coups est connu des joueurs.

Si les joueurs sont rationnels au sens néoclassique et qu'ils souhaitent maximiser leur utilité, paradoxalement, le premier joueur doit prendre dès le premier coup les 10€ (et ce, quel que soit le nombre de coups, pourvu que le jeu soit fini). Ceci est facile à comprendre. Si le jeu a 5 pattes (5 nœuds de choix), au dernier coup, le premier joueur a le choix entre prendre 100000€ et laisser 5000€ ou passer son tour auquel cas le second joueur gagne 1 million et le premier joueur 50000€. Il est tout à fait probable, dans cette configuration que le premier joueur préfère 100000€ à 50000€. Donc à l'avant dernier coup, le second joueur préférera prendre 10000€ pour ne pas gagner que 5000€, etc... Le jeu devrait donc s'arrêter dès le premier coup (ce qui correspond à un équilibre de Nash⁵⁴⁴) et cette solution pourrait sembler logique (au regard de la rationalité néoclassique). Cette solution serait la solution rationnelle, mais pas nécessairement la solution raisonnable.

Expérimentalement sur 662 jeux, seuls 37 se sont arrêtés dès le premier coup⁵⁴⁵. Pour les auteurs, ceci s'expliquerait par les effets de réputation et les problèmes liés à l'information⁵⁴⁶. La simple possibilité d'un altruisme peut conduire à des résultats différents de l'équilibre déterminé par une rationalité de type néoclassique (donc les individus considèrent que tous les individus ne sont pas rationnels au sens néoclassique). Les auteurs expliquent aussi une partie des résultats par le fait que les individus apprennent⁵⁴⁷, conception théoriquement exclue du modèle de rationalité néoclassique (basique) puisque l'information est généralement supposée parfaite.

En introduisant ces différences par rapport au modèle néoclassique de rationalité, le monde devient beaucoup plus incertain et les possibilités de prédiction et de prescription peuvent s'amoiner (en ce qui concerne le monde réel et non le monde idéal de la rationalité néoclassique). La sensibilité aux conditions initiales semble aussi jouer un rôle dans le résultat final.

⁵⁴⁴ Un équilibre de Nash est une situation dans laquelle aucun joueur n'a intérêt à changer de stratégie tant que l'autre joueur ne la change pas.

⁵⁴⁵ Richard McKelvey et Thomas Palfrey, An Experimental Study of the Centipede Game, 1992, *Econometrica*, vol 60, pp 803-836, p 804

⁵⁴⁶ Nous retrouvons donc la formulation en termes de *common knowledge*.

⁵⁴⁷ Richard McKelvey et Thomas Palfrey, An Experimental Study of the Centipede Game, op cit, pp 826-827

Expérimentalement, la rationalité néoclassique ne semble pas pouvoir décrire efficacement le comportement des agents réels et les « erreurs » fréquentes qu'ils commettent par rapport au modèle idéal. L'ancrage de la théorie dans le réel semble pourtant fondamental, notamment lorsque l'on souhaite prescrire sur la base des modèles construits. Comme le remarque Binmore, un retour aux sources devient alors nécessaire : « *Rational Belief and rational action are usually studied axiomatically. Axioms are propounded and the properties of rational individuals are then deduced mathematically. If the necessary mathematics is sufficiently challenging, attention then concentrates on whether an author's theorems are true rather than the more fundamental question of whether the axioms are successful in formalizing the concepts they are intended to capture* »⁵⁴⁸.

B. Remise en cause de la rationalité économique néoclassique sur le plan théorique

Outre les remises en cause expérimentales du modèle néoclassique de rationalité, certains points théoriques, résultant d'une conception plus intuitive de la rationalité, semblent devoir être pris en compte pour la formulation d'une conception plus acceptable de la rationalité (d'un point de vue descriptif). Les remises en cause théoriques sont nombreuses et dépendent en partie de la pré-théorie de la rationalité dont le critique dispose. Notre approche ne se voudra pas exhaustive car le champ des sciences cognitives est gigantesque. Nous ne présenterons que les remises en cause les plus importantes. Nous ne nous pencherons pas ici sur l'impossibilité de penser certains concepts comme l'acte « gratuit »⁵⁴⁹.

Le modèle néoclassique ne semble pas tenir compte des capacités cognitives des agents (1), ce faisant il néglige l'idée d'apprentissage ou d'innovation (2). Enfin le modèle de rationalité apparaît souvent étranger à toute idée de culture et d'éthique (3).

1. les capacités cognitives

Herbert Simon est certainement l'un des premiers à critiquer le modèle néoclassique de rationalité en soulignant la limitation des capacités cognitives⁵⁵⁰. Pour lui, « *when perception and cognition intervene*

⁵⁴⁸ Ken Binmore, *Rationality in the Centipede*, op cit, p 150

⁵⁴⁹ Ces problèmes seront explicités dans la seconde partie de notre thèse, lorsque nous étudierons les angles morts de l'idée de rationalité.

⁵⁵⁰ Il est intéressant de souligner que Simon vient de l'intelligence artificielle et que la théorie économique ne peut pas servir comme base d'un tel modèle.

between the decision-maker and his objective environment, this model [celui de la rationalité néoclassique] no longer proves adequate»⁵⁵¹. Il ne faut pas oublier que, « Every human organism lives in an environment that generates millions of bits of new information each second, but the bottleneck of the perceptual apparatus certainly does not admit more than 1,000 bits per second, and probably much less. Equally significant omissions occur in the processing that takes place when information reaches the brain »⁵⁵². Comprendre comment les individus se représentent le monde et résolvent les problèmes devient alors déterminant. Les travaux en intelligence artificielle sont ici instructifs puisqu'ils posent directement la question de la représentation et du traitement des informations, et donc de la médiation entre le monde réel et le monde perçu, entre les noumènes et les phénomènes. Simon va même jusqu'à considérer que l'homme comme la machine fonctionnent abstraitement de la même façon en saisissant le monde à travers des structures symboliques⁵⁵³.

Si nous tenons compte de ces limitations, l'objectif est alors de remplacer « *the global rationality of economic man with a kind of rational behavior that is compatible with the access to information and the computational capacities that are actually possessed by organisms, including man, in the kinds of environments in which such organisms exist* »⁵⁵⁴. Simon lance ainsi l'idée de rationalité limitée dès 1955 et ouvre la porte aux recherches intégrant plus largement les capacités cognitives dans les processus de décision. Il ouvre « la boîte noire » de la rationalité néoclassique qui ne s'intéresse qu'aux entrées et aux sorties.

Simon identifie deux limites fondamentales à l'idée de rationalité parfaite : celle de la perception et celle du traitement de l'information. Ces deux limites sont en partie liées puisque « percevoir » est une forme de traitement des données. Néanmoins, la distinction reste d'importance sur le plan conceptuel. En effet, percevoir l'environnement et acquérir des données ne signifie pas être capable de les utiliser. Le travail de thèse, par exemple, vise à la construction (ou à la reconstruction) et à l'ordonnancement de « données » ayant pour but la construction d'un « sens » et deux individus confrontés au même sujet pourront produire des constructions différentes alors que les données sont les mêmes. En droit, face à une même décision, les auteurs n'identifieront pas nécessairement les mêmes objectifs et les mêmes conséquences.

⁵⁵¹ Herbert Simon, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, 1959, *The American Economic Review*, vol 49, pp 253-283, p 272

⁵⁵² Herbert Simon, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, op cit, p 273

⁵⁵³ Herbert Simon, Machine as Mind, 1995, in George Luger (ed), *Computation & Intelligence*, 1995, MIT Press, Cambridge, 735 pages, pp 675-691, p 676. Les implications de ce modèle pour l'analyse économique du droit seront étudiées dans le dernier titre de cette thèse.

⁵⁵⁴ Herbert Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, 1955, *The Quarterly Journal of Economics*, vol 69, pp 99-118, p 99

Le problème de la perception est totalement évacué par la théorie néoclassique essentiellement, à notre avis, en raison du traitement mathématique des contraintes (surtout lorsque la perception est liée à une représentation sociale) et ainsi pour affirmer une autonomie de la discipline par rapport à la psychologie ou aux sciences cognitives (et nous serions tenté d'ajouter le droit).

Ainsi, la théorie néoclassique est une théorie du choix dans un environnement « fixe », c'est-à-dire qu'elle vise le choix entre différentes options dont les conséquences sont connues et ne « varient » pas (le modélisateur et l'acteur ont donc la même perception des choses). Classiquement, elle ne peut prédire ou aider au choix qu'une fois que les données sont posées. L'adjonction de la précision « toutes choses égales par ailleurs » n'a pour autre but que de fixer les « autres » variables (rarement identifiées, ce qui laisse une marge de justification dans l'explication des résultats) et évacuer ainsi le problème de la perception.

De même, la théorie ne s'interroge ni sur l'identification des options ou des conséquences, ni sur leur évaluation ; le monde est transparent (tous les paramètres à prendre en compte sont connus et « objectifs » et ce pour l'avenir comme pour le passé) et l'homme n'a aucun rôle ni dans sa construction, ni dans son ordonnancement. Le monde réel et le monde perçu sont équivalents. Dans un monde d'individus rationnels, un procès se gagnerait alors sur le droit et non sur les faits et leur qualification juridique ; on pourrait même s'interroger sur la nécessité d'avoir recours à des avocats, voire sur la nécessité d'un procès puisque chaque individu connaîtrait le résultat « objectif » de celui-ci.

Les limitations touchant au traitement de l'information sont assez faciles à saisir. S'il n'y avait aucune limitation, un « problème » ayant une solution, serait résolu de façon instantanée⁵⁵⁵, quel que soit son niveau de difficulté (un problème serait alors défini par l'absence de solution). Prenons le cas d'un joueur d'échec. La théorie de la rationalité néoclassique supposerait que le joueur rationnel soit capable d'évaluer les conséquences de chaque coup possible et de sélectionner le coup « optimal ». Le modèle néoclassique présuppose donc des capacités cognitives gigantesques puisque pour évaluer un coup, il faut prendre en compte l'ensemble des coups en réponse de l'adversaire. En réalité néanmoins, « *The human chess grandmaster probably does not search more than a hundred (just possibly as many as a thousand) possibilities in the course of his consideration of a difficult position* »⁵⁵⁶ sur un arbre qui compte 10^{120} branches.

⁵⁵⁵ Si l'instantanéité n'est pas présente, cela signifie que le traitement et l'acquisition de l'information ont un coût et qu'un raisonnement coûts-bénéfices est alors possible. Ceci conduit à protéger le modèle néoclassique de rationalité en affirmant que la limitation n'est en fait qu'une forme d'hyper-rationalité. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

⁵⁵⁶ Herbert Simon, *On How to Decide What to Do*, 1978, *Bell Journal of Economics*, vol 9, pp 494-507, p 503

L'expérience la plus célèbre sur les limitations cognitives est certainement l'expérience de Miller (qui constitue d'ailleurs l'acte de naissance de la psychologie cognitive). Dans cette expérience (ou plus précisément cette série d'expériences), Miller montre notamment l'existence d'une limitation quantitative de la mémoire à court terme à 7 « chunks » plus ou moins ⁵⁵⁷. Les individus ne sont donc pas capables de traiter toutes les alternatives présentes dans un environnement donné contrairement à ce que laisserait penser le modèle néoclassique de rationalité.

Outre les problèmes liés à la perception et au traitement de l'information, la théorie du choix rationnel ne se penche pas sur la question de la formation des préférences et donc sur la raison des « vouloir »⁵⁵⁸. Ainsi, une indépendance est supposée entre la perception des alternatives et la question de leur désirabilité. Intuitivement pourtant, l'accessibilité d'une alternative joue un rôle sur leur désirabilité (ne serait-ce que pour réduire des tensions psychiques).

Plus radicalement, la notion de maximisation se transforme en notion de satisfaction⁵⁵⁹. Comme l'individu a des capacités cognitives limitées, son processus de recherche de solution s'arrête lorsqu'il obtient une solution « satisfaisante », et non *optimale* (dans la mesure où l'optimalité suppose la connaissance de l'ensemble des conséquences des autres options). « *In a satisficing model, search terminates when the best offer exceeds an aspiration level that itself adjusts gradually to the value of the offers received so far* »⁵⁶⁰. La notion de satisfaction est liée à l'idée de la limitation des ressources cognitives : « *But the important thing about the search and satisficing theory is that it showed how choice could actually be made with reasonable amounts of calculation, and using very incomplete information, without the need of performing the impossible--of carrying out this optimizing procedure* »⁵⁶¹.

Si le modèle de rationalité souhaite se poser en modèle descriptif, il est évident que la rationalité parfaite du modèle néoclassique doit être abandonnée. L'idée d'une acquisition optimale de l'information (l'égalisation du coût marginal et du bénéfice marginal) n'est pas suffisante. Si cette idée permet une piste de rationalisation (et donc de protection du cœur de la théorie néoclassique), elle suppose une rationalité encore trop forte (si ce n'est même plus forte) en

⁵⁵⁷ George Miller, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two : Some Limits on our Capacity for Processing Information, 1956, *The Psychological Review*, vol 63, pp 81-97, spécialement p 90

⁵⁵⁸ Cette question touche nécessairement celle de la culture sur laquelle nous reviendrons dans la suite de notre thèse.

⁵⁵⁹ Sur cette distinction, voir, Herbert Simon, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, op cit, pp 262-264;

⁵⁶⁰ Herbert Simon, Rationality as a Process and as a Product of Thought, 1978, *The American Economic Review*, pp 1-16, p 10

⁵⁶¹ Herbert Simon, Rational Decision Making in Business Organization, 1979, *The American Economic Review*, vol 69, pp 493-513, p 503

postulant de la possibilité d'identification des coûts et des bénéfices de l'acquisition d'une nouvelle information⁵⁶². Cette approche a cependant eu le mérite de souligner le rôle fondamental de l'information pour les marchés ou la création de contrats et a fourni des pistes pour comprendre les phénomènes de mimétisme, de réputation ou encore de signalisation.

2. La question de l'apprentissage et de l'innovation, la rationalité comme statique

En évitant la question de la cognition, le modèle néoclassique de rationalité néglige nécessairement les questions de l'apprentissage et de l'innovation. En effet, rappelons-le, la rationalité néoclassique est une caractéristique de l'action et non du processus. Si l'utilisation de l'hypothèse de rationalité est alors aisée à manipuler, on peut douter de son pouvoir descriptif et prédictif (et encore plus de son pouvoir normatif).

Les idées d'information parfaite et d'absence de limites cognitives (à la base du modèle néoclassique de rationalité) ruinent toute possibilité d'apprentissage. Si l'information est « parfaite » et que les individus ne sont pas limités cognitivement, le futur est certain ou du moins probabilisable⁵⁶³. La distinction entre l'attente et le résultat n'a pas lieu d'être, alors qu'elle fonde l'idée même d'apprentissage et qu'elle est à l'origine de toute innovation. Le futur semble s'effondrer dans le présent. Tout est déterminé dès le début de la séquence (ce qui est mathématiquement commode) puisque l'idée même de « surprise » est exclue. Les modèles économiques ne représentent alors que des enchaînements logiques et ne semblent pas réussir à saisir la temporalité. La durée entre chaque étape d'une séquence importe peu du point de vue du modèle alors qu'elle est déterminante pour l'action dans le réel. « *To look down the complete vista of all relevant history to come is to see a still picture where nothing happens* »⁵⁶⁴.

La notion de temporalité (sous l'angle de la rationalité) est donc modifiée. Le temps matérialise pour l'acteur une séquence d'évènements et non un flux d'informations. Certains auteurs

⁵⁶² Une telle approche pose d'ailleurs un problème de régression à l'infini. L'analyse coûts-bénéfices de l'acquisition d'une nouvelle information est elle aussi coûteuse. Il faudrait donc faire une analyse coûts-bénéfices de cette première analyse, etc... sauf à postuler que les calculs se font sans coût auquel cas l'expérience quotidienne est en opposition radicale avec la théorie. Nous proposerons une « solution » dans le dernier chapitre de cette thèse.

⁵⁶³ Nous n'évoquerons pas ici le raisonnement en monde incertain dans la mesure où il est impossible de décrire, de prédire et encore moins de prescrire. Remarquons aussi que l'idée d'information parfaite se réfère au fait que le monde est certain. Lorsque le monde est risqué, l'information est incomplète mais toujours très importante puisque l'individu connaît l'ensemble des états possibles du monde et leurs probabilités.

⁵⁶⁴ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 165

considèrent ainsi que le temps, en économie, est assimilable à l'espace⁵⁶⁵ (le temps est perçu comme un concept physique et non comme une expérience subjective).

Ne pas prendre en compte des phénomènes comme l'apprentissage ou l'innovation est une limite très importante pour l'utilisation des modèles économiques⁵⁶⁶, plus encore lorsque la structure du raisonnement économique est appliquée au droit. Lorsqu'elle est utilisée dans un modèle, la rationalité néoclassique est finalement privée de sa portée réflexive (détection et correction des « erreurs »).

Classiquement et assez intuitivement, l'apprentissage ou l'innovation ont pour origine un écart entre une attente – fondée sur l'expérience et relative aux conséquences d'une action – et un résultat. Cet écart déclenche un processus de recherche à l'issue duquel l'action ou les théories (et méta-théories) sur lesquelles se fonde l'action sont modifiées afin d'atteindre le résultat espéré⁵⁶⁷. Eventuellement, un tel processus conduit à des innovations. En tout état de cause, il ne permet pas d'affirmer qu'une action n'est pas rationnelle car elle n'atteint pas le maximum déterminé par le théoricien.

Les sciences cognitives retiennent trois modes d'apprentissage⁵⁶⁸. Le premier touche la catégorisation des structures : l'individu apprend à comprendre la situation dans laquelle il se trouve. L'économiste tient rarement compte de l'impact de ce mode d'apprentissage puisque la situation est considérée comme objective et que le modèle de rationalité ne dépend pas du contexte. On pourrait ainsi s'interroger sur l'impact du « *framing effect* » auprès de décideurs chevronnés ou sur la persistance de celui-ci une fois que des individus ont pris connaissance de son existence. Tenir compte de ce phénomène permet aussi d'intégrer le fait que la formulation d'une règle juridique n'est pas sans importance.

Le deuxième mode vise le processus de renforcement⁵⁶⁹ qui permet à un individu d'apprendre une réponse (et un modèle de recherche de réponse) adaptée à un environnement donné. Sa formalisation est issue des études en intelligence artificielle et en neurosciences. Il s'agit de la

⁵⁶⁵ Voir par exemple, Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, pp 277-278; Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, op cit, pp 3, 53, et plus généralement l'ensemble du chapitre 4, pp 52-70

⁵⁶⁶ mais aussi sur la compréhension des raisons de l'évolution de ces modèles

⁵⁶⁷ Nous retrouvons alors un modèle proche de celui de l'apprentissage en double boucle proposé par Argyris : Chris Argyris, Single-Loop and Double-Loop Models in Research on Decision Making, 1976, *Administrative Science Quarterly*, vol 21, pp 363-375, spécialement pp 367-369.

⁵⁶⁸ Nous nous contenterons d'une présentation sommaire, la quantité de recherches sur l'apprentissage étant gigantesque.

⁵⁶⁹ Pour un aperçu de cette logique, voir par exemple, Richard Sutton, Reinforcement Learning, in Robert Wilson et Frank Keil, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, 1999, MIT Press, Cambridge, 964 pages, pp 715-717

conception « classique » d'apprentissage. Le renforcement signifie simplement que les stratégies adaptées deviennent plus robustes au fur et à mesure de leurs succès.

Ce mode d'apprentissage met au jour un arbitrage entre l'exploitation d'une stratégie et l'exploration de nouvelles stratégies. Cet arbitrage est totalement ignoré par le modèle néoclassique de rationalité. Il semble pourtant pertinent pour structurer de nombreuses questions juridiques, comme celle du revirement de jurisprudence.

Le dernier mode touche l'apprentissage par anticipation. Autrement dit, l'action est simulée intellectuellement. Ce type d'apprentissage permet à l'agent de « multiplier » son expérience en le confrontant par exemple à des expériences par procuration. L'individu va observer et apprendre des conséquences des actions des autres individus. L'agent économique semble privé de ce mode d'apprentissage alors qu'il permet de favoriser la compréhension des phénomènes de comportements moutonniers et certaines croyances collectives.

3. la question de la culture et de l'éthique

L'agent est rationnel s'il maximise sa fonction d'utilité et ce, quelles que soient ses préférences. Le modèle de rationalité est donc « nihiliste » en ce sens qu'un fondamentaliste est potentiellement aussi rationnel qu'un joueur d'échec ou qu'un dirigeant d'entreprise, d'où la possibilité « d'idiots rationnels »⁵⁷⁰. La rationalité néoclassique ne vise pas les fins et ne concerne que les moyens. En un sens donc, l'éthique et la culture détermineraient les fins et l'économie serait affectée aux moyens. Il existerait alors une séparation globale entre l'économie, l'éthique et la culture. Cette vision reste schématique car dans ce modèle « qui veut la fin, veut les moyens » ; de la même manière, la séparation entre fins et moyens est supposée claire, ce qui est loin d'être évident. Enfin, cette conception laisserait supposer que l'économie est axiologiquement neutre⁵⁷¹.

En économie, la culture et l'éthique sont souvent perçues, lorsqu'il s'agit d'effectuer un choix, comme des contraintes (dans la mesure où il existerait une sanction psychique ou sociale, voire étatique) et non comme des outils permettant d'agir dans un monde où l'information n'est pas parfaite⁵⁷² (comme règle de sélection d'alternatives possibles, par exemple). Traditionnellement, pour l'économiste⁵⁷³, le respect de la norme ne serait que fonction de la sanction (le raisonnement

⁵⁷⁰ L'expression est de Sen.

⁵⁷¹ Cette question fera l'objet d'un traitement tout particulier dans la suite de notre thèse, nous ne le développerons pas ici.

⁵⁷² Nous reviendrons sur cette idée lorsque nous développerons la notion de droit.

⁵⁷³ Par exemple, Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 59

reste donc conséquentialiste et la norme n'aurait aucune « normativité » en tant que telle) qui, elle-même, dépendrait en partie du « goût » pour le respect des normes de l'éthique ou de la morale (si nous supposons qu'il existe une sanction psychique). Un individu ne volera pas parce que ceci est contraire à la « morale » mais parce que les gains espérés sont inférieurs aux pertes estimées (entendus largement pour que ceci soit toujours « vrai », du moins analytiquement). Plus problématiquement, « *Transitivity and completeness require that people have a clear view of what is the right thing to do in every situation and of how much weight to give moral concerns in every choice* »⁵⁷⁴, ce dont on peut douter. Ceci supposerait par exemple qu'il n'existe jamais de conflits de normes.

La rationalité économique ne permet donc pas de distinguer une action fondée purement sur les conséquences et une action fondée sur les valeurs. Par exemple, « *The keeping of promises allows people to plan and leads to cooperative ventures that raise our well-being* » est un argument différent de l'argument déontologique selon lequel il faut tenir ses promesses⁵⁷⁵. Une grande partie de la controverse sur l'intégration des motivations morales au sein de la rationalité néoclassique touche la nécessité de traiter différemment les motivations morales et les motivations égoïstes⁵⁷⁶. Pour Hayek, « *it is fairly obvious that this kind of rationalism must lead to the destruction of all moral values and to the belief that the individual should be guided only by his personal evaluation of the particular ends he pursues, and that it tends to justify all means by the ends pursued* »⁵⁷⁷.

Si nous suivons ce raisonnement, il faudrait aussi justifier du maintien de telles règles via la méthodologie économique ; ceci permettrait de mettre la motivation morale et la motivation égoïste sur un pied d'égalité, mais conduirait également à des tensions puisque la réduction d'une dimension dans l'autre suppose le choix d'une dimension qui, par définition, nie l'autre dimension. L'économie néoclassique fournit, par le biais de la théorie des jeux notamment (et évolutionnaire en particulier), une justification possible de certaines règles de « morale »⁵⁷⁸. L'action qui pourrait paraître non optimale au regard d'une situation à un instant *t* peut se révéler

⁵⁷⁴ Daniel Hausman et Michael McPherson, 'Taking Ethics Seriously: Economics and Contemporary Moral Philosophy, 1993, *Journal of Economic Literature*, vol 31, pp 671-731, p 686

⁵⁷⁵ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 603; La conception de la déontologie est ici particulière car elle est absolue et elle n'est pas partagée par tous les auteurs. Néanmoins, elle permet de distinguer les deux niveaux assez facilement.

⁵⁷⁶ En ce sens, voir par exemple, Alan Isaac, Morality, Maximization and Economics Behavior, 1997, *Southern Economic Journal*, vol 63, pp 559-570, p 569

⁵⁷⁷ Friedrich Hayek, Kinds of Rationalism, in Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, Routledge and Kegan Paul, London, 356 pages, pp 82-95, p 89.

⁵⁷⁸ Mais aussi des règles de droit. Nous serons donc succinct sur ce passage et nous développerons cette intuition plus largement dans la suite de notre thèse.

optimale (ou plus précisément adaptée) au regard de l'évolution (par exemple : aimer et prendre soin de ses enfants) ou si le jeu est répété (le cas classique est celui du dilemme du prisonnier⁵⁷⁹). Une dissociation se réalise alors entre le niveau psychologique et le niveau évolutionnaire.

Ce raisonnement permet essentiellement de tenir compte de la morale ou de la culture lors de la rationalisation d'une action. Cependant, a priori, la rationalité est entendue de façon relativement frustrée par les modèles : aucune notion de moralité ou de culture n'intervient (au mieux la culture est réintégrée dans un calcul, elle ne semble donc pas définitionnelle de l'individu). L'individu est supposé maximiser son profit pécuniaire (ce qui ne pose pas trop de difficultés dans un univers marchand contrairement à un univers non marchand) et aucune différence n'est faite selon la culture ou l'éthique de la personne. L'homme rationnel est, de ce point de vue, universel (il est le même à Paris, New York et Dehli) et ne se concentre que sur les faits et non les valeurs, même si la détermination des faits pertinents est emprunte, nécessairement, de valeurs⁵⁸⁰. C'est en ce sens qu'il est possible de dire que le modèle néoclassique de rationalité ne tient pas compte de la culture ou des valeurs.

Ceci ne signifie pas que la morale ou la culture n'ont aucune influence sur l'économie ou les formes d'organisations efficaces. Ainsi, par exemple, « *Moral norms may have significant impacts on the provision of public goods, voting, and activities involving the production of externalities* »⁵⁸¹. Ceci a des conséquences lorsqu'il s'agit d'évaluer une politique ou une règle de droit mais aussi en ce qui concerne les prescriptions et les prédictions d'une analyse économique. Traditionnellement, le rôle de la culture dans l'efficacité d'une structure de coordination n'est pas pris en compte au sein des travaux des économistes néoclassiques.

⁵⁷⁹ Voir Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, op cit. Le dilemme du prisonnier constitue un des outils principaux de l'analyse économique du droit, nous le développerons dans le prochain chapitre.

⁵⁸⁰ Ce point sera, lui aussi, développé dans la suite de notre thèse. Il est d'ailleurs au centre des critiques de l'analyse économique du droit.

⁵⁸¹ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Taking Ethics Seriously: Economics and Contemporary Moral Philosophy*, op cit, p 684

§2. Les approches alternatives à la rationalité néoclassique utilisées ou utilisables dans l'analyse économique du droit

Le modèle de rationalité néoclassique est loin de faire l'unanimité au sein même du mouvement *Law & Economics*. Les remises en cause tant empiriques que théoriques sont suffisantes pour mettre en lumière les limitations du modèle. Néanmoins, il faut reconnaître qu'il est à la base d'une partie des autres approches, notamment celles se rassemblant autour de l'idée de *Behavioral Law & Economics*, dans la mesure où celles-ci se sont construites par opposition à son système d'explication des phénomènes (notamment juridiques). Par exemple, une partie des travaux empiriques n'a été possible et fructueuse qu'à partir du moment où il existait un système d'interprétation pouvant servir de référence et conduisant à interpréter les « écarts » à la théorie. Naturellement, ce système de référence marque une certaine perception des « faits » économiques.

D'une manière générale, la valeur normative du modèle semble moins critiquée que sa valeur descriptive et prédictive. Parisi et Smith ont d'ailleurs choisi pour titre de leur volume consacré aux interfaces entre économie et psychologie et à leur impact sur l'analyse économique du droit, *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Autrement dit, le comportement réel est supposé irrationnel. Bien évidemment, la justification normative de l'hypothèse de rationalité ne peut pas se faire sur le terrain de l'axiomatique économique. Elle est « posée » pour la sauver.

Nous chercherons, dans ce paragraphe, à présenter quelques formes de rationalité ayant un intérêt pour l'analyse économique du droit (A) avant de nous intéresser à la question du choix du modèle de rationalité rendue nécessaire par la pluralité des modèles de rationalité, à travers l'opposition entre *Law & Economics* et *Behavioral Law & Economics* (B).

A. Quelques formes de rationalité « économique » et leur intérêt pour l'analyse économique du droit

Le modèle néoclassique de rationalité nous permet de développer des intuitions sur le fonctionnement des agents et donc sur l'impact des règles juridiques sur le comportement de ceux-ci. Afin de multiplier les codages des actions des agents et d'obtenir de nouvelles intuitions sur leur fonctionnement, il est nécessaire de présenter des modèles alternatifs de rationalité. La prise en compte des différents codages permettra de dégager une « perception » du phénomène global que nous souhaitons analyser (*infra*).

Trois alternatives sont particulièrement pertinentes. La première vise la rationalisation de certains résultats empiriques à travers l'approche de Kahneman et Tversky. Nous insisterons ainsi tout particulièrement sur la *prospect theory* (1), modèle à l'origine du *Behavioral Law & Economics*. A un niveau plus général, l'apport de Simon est déterminant. En replaçant la rationalité dans une dynamique, il insiste sur l'importance de la procédure et sur la limitation des ressources cognitives (2). Si Simon propose lui aussi un modèle de rationalité, nous nous intéresserons plus spécifiquement aux distinctions théoriques qu'il présente, distinctions particulièrement pertinentes pour l'analyse du droit. Nous terminerons par une présentation de la rationalité comme système évolutif complexe à travers les travaux de Hayek qui postulent, eux aussi, d'une rationalité limitée (3). Ce modèle, encore plus abstrait, fournit un éclairage particulièrement intéressant pour la compréhension des phénomènes juridiques.

Nous ne développerons pas ici le modèle de rationalité tiré des travaux de l'économie autrichienne. Le modèle de Hayek n'est pas à proprement parler autrichien. Signalons simplement que le modèle autrichien, notamment la notion de rationalité proposée par Mises ou Lachmann centrée sur une conception subjective de la valeur, suppose que toute action est rationnelle⁵⁸² (et que toute rationalité est limitée en laissant une large part à une véritable compréhension des actions). D'une manière générale, cette approche est plus intéressante par l'utilisation qu'elle fait du modèle de rationalité que par le modèle lui-même.

Nous souhaitons particulièrement insister, même si ce point ne fera pas l'objet d'un développement spécifique dans cette sous-partie, sur le fait que le modèle de rationalité choisi conduit à des interrogations différentes et à des conceptualisations différentes des phénomènes juridiques. L'impact de ces conceptualisations différentes permet de mieux saisir l'apport de l'analyse économique du droit.

1. L'apport de Kahneman et Tversky : la prospect theory

La *prospect theory*⁵⁸³ est une alternative au modèle de l'utilité espérée. L'article originel de Kahneman et Tversky a eu un impact déterminant pour l'introduction de la psychologie dans

⁵⁸² Philippe Simonnot, *L'Invention de l'État*, op cit, pp 107-122, fait une présentation fidèle de l'approche de Mises.

⁵⁸³ La notion apparaît pour la première fois en 1979 : Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit.

l'économie. Par ailleurs : « *It is by far the most cited paper of all those published in Econometrica* »⁵⁸⁴. Nous nous contenterons ici de présenter cette théorie⁵⁸⁵. Elle a engendré une immense littérature en économie et commence à être utilisée en analyse économique du droit⁵⁸⁶.

Elle vise à tenir compte du fait, qu'expérimentalement, les individus ont « *an irrational tendency to be less willing to gamble with gains than with losses* »⁵⁸⁷. Nous avons déjà pu constater, lorsque nous avons étudié le *framing effect*, que la formulation en termes de gains ou de pertes est particulièrement importante pour la prise de décisions, notamment via l'effet de miroir.

La *prospect theory* met en évidence deux phases⁵⁸⁸. Elle s'inscrit donc dans le temps et vise à « décrire » le raisonnement des individus. Elle ne se pose absolument pas comme théorie prescriptive⁵⁸⁹. Les auteurs n'oublient pas de signaler qu'en tout état de cause, leur théorie n'est qu'approximative et incomplète en raison du processus même de choix qui fait appel à des heuristiques⁵⁹⁰.

a. La première phase correspond à ce que les auteurs appellent *editing* puis *framing* phase⁵⁹¹ et qui viserait à la compréhension du problème posé : « *In the framing phase, the decision maker constructs a representation of the acts, contingencies, and outcomes that are relevant to the decision* »⁵⁹². Elle comprendrait six sous-phases (nous nous référons ici à l'article de 1979, la modification effectuée en 1992 vise à

⁵⁸⁴ Shlomo Maital, Daniel Kahneman : On Redefining Rationality, 2004, *Journal of Socio-Economics*, vol 33, pp 1-14, p 5. Tous les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point mais tous s'accordent à reconnaître que l'article est l'un des plus cité de *Econometrica*.

⁵⁸⁵ Son impact sur l'utilisation des outils économiques pour appréhender le droit sera appréhendé dans la suite de nos développements.

⁵⁸⁶ Voir par exemple : Chris Guthrie, Prospect Theory, Risk Preference and the Law, 2003, *Northwestern University Law Review*, vol 97, pp 1115-1163. Cet article est particulièrement intéressant puisque la seconde partie est consacrée à l'utilisation de cette approche dans les différentes branches du droit. La présentation de la théorie reste néanmoins sommaire.

⁵⁸⁷ Lars Tvede, *The Psychology of Finance*, 2002, John Wiley & Sons, New York, 332 pages, p 94

⁵⁸⁸ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk, op cit, p 274; plus généralement, la théorie est exposée pp 274-284

⁵⁸⁹ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty, 1992, in Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames*, op cit, pp 44-65, p 65

⁵⁹⁰ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty, op cit, p 65

⁵⁹¹ Cette formulation provient d'une « amélioration » de la *prospect theory* devenu *cumulative prospect theory*. Sur ce point, voir Daniel Kahneman et Amos Tversky, Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty, op cit, pp 44-65, p 46. L'article originel a été publié dans *The Journal of Risk and Uncertainty*, vol 5, pp 297-323.

⁵⁹² Daniel Kahneman et Amos Tversky, Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty, op cit, p 46

prendre en compte des problèmes techniques peu importants pour notre propos)⁵⁹³. Globalement, cette phase consiste à utiliser une heuristique pour simplifier le problème.

Dans la première, les individus coderaient les résultats d'un choix en termes de gains ou de pertes en fonction de la situation de référence correspondant, généralement, à la situation dans laquelle un individu se trouve. C'est à ce niveau là que le *framing effect* peut jouer son rôle (en modifiant le point de référence). Si nous reprenons l'exemple de la maladie et des différents plans d'actions, proposer un plan permettant de sauver 200 vies ne sera pas équivalent à proposer un plan conduisant à condamner 400 personnes alors que la population est de 600.

Les deuxième et troisième sous-phases touchent la simplification du problème posé. Par exemple, si j'ai deux billets de loterie sur quatre et qu'un des quatre billets est nécessairement gagnant et a la même probabilité que les trois autres d'être gagnant, tout se passe comme si je n'avais qu'un seul billet avec une probabilité de gain de 50%. Il s'agira donc de combiner les probabilités. Nous retrouvons un axiome identique dans la théorie de l'utilité espérée proposée par Von Neumann et Morgenstern.

Pareillement, si je participe à une loterie dans laquelle j'ai 80% de chances de toucher 300 et 20% de chance de toucher 200, tout se passe comme si j'étais sûr de gagner 200 et que j'avais 80% de chance de gagner 100 supplémentaires. Cette sous-phase, elle aussi, n'apporte aucune nouveauté réelle par rapport au modèle néoclassique de rationalité.

La quatrième sous-phase consiste à éliminer, à la manière du principe de la chose sûre, une partie des données identiques, ce qui pourrait sembler trivial (lorsque l'aspect identique est évident). Si j'ai le choix entre deux loteries et que dans la première je peux gagner 300 avec 50% de chance ou 100 avec une probabilité 50% et que dans la seconde je peux gagner 300 avec 50% de chance et 150 avec une probabilité de 50%, le choix se résume en fait entre préférer 100 et préférer 150.

La cinquième touche la simplification des probabilités. Par exemple, avoir 49% de chances de gagner 101, pourrait se résumer à 50% de chances de gagner 100. Ces approximations ne sont pas sans impact sur les actions concrètes des individus.

La dernière sous-phase vise à identifier, lorsque nous avons le choix entre plusieurs loteries, les loteries dominées qui sont alors éliminées sans évaluation supplémentaire. Dans la version de

⁵⁹³ Par exemple, elle permet d'étendre le modèle originel aux décisions en univers incertain. Globalement, les deux modèles conduisent aux mêmes prédictions. Pour une comparaison entre les deux théories, voir Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty*, op cit, p 50

1992, l'élimination des « *transparently dominated prospects* » n'est plus une supposition nécessaire, en réponse aux critiques formulées⁵⁹⁴.

Cette phase se réalisant après les phases précédentes, il est possible que la dominance d'une loterie ne soit pas réelle, ce que les auteurs précisent bien, sans pour autant rentrer dans les détails⁵⁹⁵. Si par exemple, dans une loterie, nous avons 48% de chance de gagner 100 et que nous ramenons cette probabilité à 50% car « *grosso modo* », nous avons une chance sur 2 de gagner 100, nous pouvons surestimer l'espérance de gain d'une loterie. « *Many anomalies of preference result from the editing of prospects* »⁵⁹⁶. Cette conceptualisation permet dès lors de tenir compte des résultats empiriques.

b. La seconde phase touche l'évaluation des résultats. Le point central de la théorie touche la fonction de valeur (qui correspondrait à peu près à la fonction d'utilité). Celle-ci aurait la forme d'un S autour du point de référence⁵⁹⁷.

Pour évaluer les loteries, deux échelles interviennent. La première touche la pondération de la probabilité. Elle permet de tenir compte du fait que les individus vont avoir tendance à sous estimer les probabilités hautes et moyennes et à surestimer les probabilités basses. Par exemple, si un individu a objectivement 80% de chances d'obtenir un résultat x, il ne prendra pas sa décision sur la base des 80% mais sur une base de 75% ou de 70%.

Le problème est que, pour les auteurs, « *Because people are limited in their ability to comprehend and evaluate extreme probabilities, highly unlikely events are either ignored or overweighted, and the difference between high probability and certainty is either neglected or exaggerated* »⁵⁹⁸. Autrement dit, le modèle est suffisamment flexible pour tenir compte de n'importe quelle pondération des probabilités. Le modèle risque donc de n'être qu'un simple modèle de rationalisation et non de prédiction précise.

La seconde échelle vise la valeur subjective d'un résultat. Cette valeur dépend du point de référence. La fonction de valeur serait, en règle générale⁵⁹⁹, concave pour les gains et convexe pour les pertes, elle aurait donc la forme d'un S centré sur le point de référence. Par ailleurs la

⁵⁹⁴ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty*, op cit, p 50

⁵⁹⁵ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, p 275

⁵⁹⁶ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, p 275

⁵⁹⁷ En ordonnée, nous avons les gains et les pertes, en abscisse nous avons l'utilité et la désutilité.

⁵⁹⁸ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, pp 282-283

⁵⁹⁹ Daniel Kahneman et Amos Tversky, *Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk*, op cit, p 280

pente de la fonction serait plus prononcée pour les pertes que pour les gains. Autrement dit, par rapport au modèle de rationalité néoclassique, perdre 10 est interprété comme une perte bien supérieure alors qu'un gain de 10 serait interprété comme un gain inférieur. Selon les termes des auteurs : « *The aggravation that one experiences in losing a sum of money appears to be greater than the pleasure associated with gaining the same amount* »⁶⁰⁰.

Par rapport à la notion de maximisation en référence avec l'utilité espérée de la théorie néoclassique, l'approche de Kahneman et Tversky est clairement innovante. Cette approche permet de tenir compte notamment de l'effet de présentation, du fait que les individus peuvent être « chercheurs » de risques (alors que la théorie classique suppose plutôt une aversion au risque), mais aussi de l'aversion pour les pertes, de la pondération des probabilités ou encore du fait que les résultats d'une loterie ne sont pas évalués en fonction de leur seul résultat mais en fonction du changement par rapport au point de référence qu'ils entraînent. Cette approche nous permet d'obtenir des résultats différents de ceux postulés par la théorie de la rationalité néoclassique.

2. L'apport de Simon : la rationalité procédurale et la rationalité limitée

Nous avons déjà signalé qu'une des limites importantes de la théorie néoclassique de la rationalité est liée à la non prise en compte des phénomènes cognitifs et au fait que la rationalité s'applique au résultat et non à la procédure de décision. Comme le remarque Simon, la rationalité limitée signifie simplement que les individus ne sont pas omniscients⁶⁰¹, dès lors la rationalité n'est plus une caractéristique du résultat mais de la procédure. Cette approche est particulièrement importante en droit puisque, par extrapolation, la rationalité d'une décision de justice ne s'évalue pas en fonction de son résultat mais en fonction de la procédure ayant conduit à ce résultat.

Nous ne développerons pas le modèle formel de rationalité limitée proposé par Simon ou d'autres auteurs⁶⁰². Nous souhaitons simplement, en restant au niveau théorique, mettre en évidence les éléments nécessaires à la constitution d'un modèle de rationalité limitée. Ces

⁶⁰⁰ Daniel Kahneman et Amos Tversky, Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk, op cit, p 279

⁶⁰¹ Herbert Simon, Rational Decision Making in Business and Organization, op cit, p 502

⁶⁰² Pour une présentation de quelques modèles, voir Frédéric Laville, Modélisations de la Rationalité Limitée : De Quels Outils Dispose-t-on ?, 1998, *Revue Economique*, vol 49, pp 335-365. Le premier modèle développé par Simon se trouve dans Herbert Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, op cit

différents éléments, en modifiant l'éclairage fourni sur la rationalité de l'agent, nous permettront d'orienter nos interrogations et donc nos représentations de certains phénomènes juridiques.

Deux concepts sont centraux dans l'approche de Simon, la recherche et la satisfaction⁶⁰³. Ces deux concepts s'écartent de l'approche néoclassique de la rationalité puisque cette dernière n'inclut pas la détermination des options et suppose que l'individu maximise là où il ne ferait que satisfaire.

La théorie de la rationalité limitée doit donc inclure une procédure de recherche des options. Cette recherche n'est pas aléatoire mais sélective : tout comme le joueur d'échec n'envisage pas à chaque coup l'ensemble des coups possibles, l'agent prend une décision à partir d'un nombre limité d'options identifiées. Visuellement, dans l'espace des possibles, la procédure de recherche ne va se concentrer que sur une ou plusieurs « zones », susceptibles, par expérience, de renfermer une solution satisfaisante. Simon précise ainsi que « *Complexity is deep in the nature of things and discovering tolerable approximation procedures and heuristics that permit huge spaces to be searched very selectively lies at the heart of intelligence, whether human or artificial* »⁶⁰⁴. La capacité de classification du réel est donc déterminante dans la mesure où c'est elle qui permet de considérer un problème au sein d'une classe de problèmes et donc de faire jouer l'heuristique particulière de recherche développée par l'agent pour ce type de problème.

Dans l'approche néoclassique de la rationalité, les options sont évaluées une fois qu'elles ont été engendrées. Dès lors que la rationalité est perçue comme un outil de recherche de solution, ces deux étapes se mêlent : chaque option est évaluée une fois qu'elle a été identifiée. Frédéric Laville évoque à ce sujet la notion de recherche séquentielle⁶⁰⁵.

Si un problème se résout par une procédure de recherche de solutions, se pose naturellement la question de savoir quand ce processus doit s'arrêter. C'est à ce niveau qu'interviennent les seuils de satisfaction. Pour être certain d'obtenir une solution optimale, il faudrait pouvoir évaluer toutes les options possibles à un problème donné puis choisir la meilleure. Simon considère pour sa part que le processus de recherche s'arrête lorsque les seuils de satisfaction sont dépassés. En effet, « *One interesting and important direction of research in computational complexity lies in showing how the complexity of problems might be decreased by weakening the requirements for solution-by requiring solutions only*

⁶⁰³ Herbert Simon, *Rational Decision Making in Business and Organization*, op cit, p 502

⁶⁰⁴ Herbert Simon, *Rationality as a Process and as a Product of Thought*, op cit, p 12

⁶⁰⁵ Frédéric Laville, *Modélisations de la Rationalité Limitée : De Quels Outils Dispose-t-on ?*, op cit, p 338-339

to approximate the optimum or by replacing an optimality criterion by a satisficing criterion »⁶⁰⁶. Cette méthode est donc plus rapide et permet d'économiser sur le temps nécessaire à la prise de décision

Intuitivement, si j'étais designer d'automobile, je n'envisagerais pas l'ensemble des designs possibles mais je m'arrêterais de chercher dès lors que le design me semble satisfaisant. En matière de négociation de contrat, il est vraisemblable que je n'envisagerais pas tous les aménagements possibles du contrat mais que la négociation s'arrêtera lorsque chacun des partenaires sera satisfait par la solution obtenue.

Plus intéressant, Simon parle de seuils de satisfaction⁶⁰⁷ et propose une évaluation vectorielle des options⁶⁰⁸. Ceci signifie qu'une option ne se voit pas attribuer une évaluation unique, c'est-à-dire qu'il n'existera pas un arbitrage entre les différentes dimensions. Une option sera perçue comme un vecteur, autrement dit chaque dimension de l'option sera évaluée de façon indépendante. Le choix sera donc perçu comme multidimensionnel. Une option sera alors choisie si chacune de ses dimensions est conforme au seuil de satisfaction posé pour cette dimension. Par exemple, dans un jugement, un juge pourra vouloir que sa décision soit juste, bien écrite, conforme au droit, etc. Dans ce cas, il n'arbitrera pas entre ces différentes dimensions mais cherchera à satisfaire un critère de satisfaction dans chacune d'elle. Lorsque plusieurs solutions atteignent ces seuils, le problème du choix demeure (même s'il est largement évacué par la dimension séquentielle du choix).

Enfin, ces seuils sont évolutifs : « *In a satisficing model, search terminates when the best offer exceeds an aspiration level that itself adjusts gradually to the value of the offers received so far* »⁶⁰⁹. Si par exemple j'atteins très facilement un seuil que je me suis fixé dans une dimension, je pourrais augmenter celui-ci en jugeant, par exemple, que je l'avais sous évalué. De même, si je n'arrive pas à atteindre un seuil, je peux le diminuer afin de pouvoir prendre une décision.

L'approche de Simon est plus réaliste que l'approche néoclassique, mais comme la *prospect theory*, elle ne permet pas de véritables prédictions.

⁶⁰⁶ Herbert Simon, *Rationality as a Process and as a Product of Thought*, op cit, p 12

⁶⁰⁷ Herbert Simon, *Rational Decision Making in Business and Organization*, op cit, p 507

⁶⁰⁸ Herbert Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, op cit, p 109

⁶⁰⁹ Herbert Simon, *Rationality as a Process and as a Product of Thought*, op cit, p 10

3. La rationalité comme système complexe : le modèle de cognition proposé par Hayek

Le modèle hayekien est assez proche du modèle de Simon. Les deux approches sont d'ailleurs contemporaines même si rien n'indique que Hayek ait eu connaissance des travaux de Simon. Les deux modèles ne s'opposent pas mais se complètent. Simon fonde son raisonnement sur l'intelligence artificielle, alors que Hayek développe son modèle directement en réaction avec le béhaviourisme. Ce dernier anticipe d'ailleurs de nombreux travaux en neurosciences et donne un fondement physiologique à sa théorie de la décision.

Hayek se place tout de suite dans un cadre de rationalité limitée. Il précise ainsi que « *Ce sera l'une de nos thèses principales, que la plupart des règles de conduite qui gouvernent nos actions, et la plupart des institutions qui se dégagent de cette régularité sont autant d'adaptations à l'impossibilité pour quiconque de prendre consciemment en compte tous les faits distincts qui composent l'ordre de la société* »⁶¹⁰. Autrement dit, la conception de la rationalité joue un rôle sur la conception même des règles de droit. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points dans la suite de notre thèse.

Hayek insiste, à la manière de Simon, sur la limitation des capacités cognitives des individus : « *the number of separate variables which in any particular social phenomenon will determine the result of a govern change will as a rule be far too large for any human mind to master and manipulate them effectively* »⁶¹¹. Pour lui, le modèle néoclassique de rationalité ferait parti de ces constructivismes rationalistes qu'il abhorre⁶¹².

La relation entre le monde et ce que l'individu en perçoit constitue le point de départ de l'analyse de sa réflexion⁶¹³. « *It is thus the existence of an order of sensory qualities and not a reproduction of qualities existing outside the perceiving mind which is the basic problem raised by all mental events* »⁶¹⁴. Il doit ainsi exister un stimulus pour qu'il existe une réponse. Pourtant, il est impossible de percevoir le stimulus dans sa forme pure (puisque'il est perçu à travers les sens et donc comme stimulus) et différents stimuli peuvent entraîner parfois les mêmes réponses⁶¹⁵. De même, un stimulus identique peut entraîner des réponses différentes selon le récepteur sur lequel il agit. Ces stimuli ne peuvent être perçus qu'en relation à d'autres stimuli : « *the sensory qualities are not in some manner*

⁶¹⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 1, op cit, p 15.

⁶¹¹ Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit, pp 73-74.

⁶¹² Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points dans la suite de notre thèse.

⁶¹³ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, [1952] 1995, Chicago University Press, Chicago, 209 pages, p 6.

⁶¹⁴ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 7.

⁶¹⁵ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 8.

originally attached to, or an original attribute of, the individual physiological impulses, but that the whole of these qualities is determined by the system of connexions by which the impulses can be transmitted from neuron to neuron; that is thus the position of the individual impulse or group of impulses in the whole system of such connexions which gives it its distinctive quality »⁶¹⁶.

Nous retrouvons ici l'hypothèse connexionniste, de plus en plus florissante en sciences cognitives. La connaissance n'est le résultat que d'une connexion d'éléments physiologiques⁶¹⁷. En simplifiant, nous pouvons dire que l'hypothèse connexionniste conduit à considérer que la raison humaine est de « *nature intuitive, créative, contextuelle et holistique* »⁶¹⁸, le résultat d'une connexion entre les neurones. Ces connexions évoluent et cette évolution peut être appelée apprentissage.

Le raisonnement n'est pas linéaire et propositionnel : il suit des règles qui dépendent du contexte et vise une adaptation aux circonstances. L'intelligence ne traite pas le monde en série mais en parallèle, des milliards de neurones fonctionnent en même temps⁶¹⁹. Elle émerge donc de ces différentes connexions de neurones. Cette approche est évidemment plus complexe dans son utilisation pratique que l'approche néoclassique.

Hayek, évoquant sa théorie (en la simplifiant) dans *Droit Législation et Liberté*, indique que « *nous agissons en triant certains des aspects retenus comme significatifs, non par un choix conscient ou sélection délibérée mais par un mécanisme sur lequel nous n'exerçons pas de contrôle délibéré* »⁶²⁰. Le rapprochement avec les heuristiques de recherche de Simon est ici évident. Le processus de classification et de sélection revêt une importance fondamentale.

Chaque stimulus doit appartenir à une catégorie mentale pour être perçu, autrement dit il doit être mis en lien. « *Perception is thus always an interpretation, the placing of something into one of several classes of objects. An event of an entirely new kind which has never occurred before, and which sets up impulses which arrive in the brain for the first time, could not be perceived at all* »⁶²¹. Si ces catégories font évidemment penser aux catégories de Kant, Hayek considère qu'elles peuvent évoluer et

⁶¹⁶ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 53.

⁶¹⁷ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 53.

⁶¹⁸ B. Smith, L'esprit connexionniste, une étude de la psychologie de Hayek, 1999, *Intellectica*, 1999/1, 28, pp 93-114, spécialement p 100

⁶¹⁹ Steven Johnson, *Emergence*, 2001, Scribner, New York, 286 pages, p 127. Ce point est particulièrement intéressant puisque le raisonnement en parallèle facilite la reconnaissance de patterns. Sur ces points, voir aussi Ray Kurzweil, *The Age of Spiritual Machines : When Computers Exceed Human Intelligence*, 1999, Pinguin books, New York, 400 pages.

⁶²⁰ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, op cit, p 35.

⁶²¹ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 142.

dépendent des expériences⁶²². Ce fait est déterminant pour comprendre son individualisme. En effet, il conduit à considérer que les individus perçoivent le monde à travers des catégories mentales qui leur sont personnelles. Percevoir n'est pas un acte passif⁶²³ et objectif comme le laisserait penser la théorie néoclassique de la rationalité : il ne s'agit pas d'une réaction mais d'interactions. L'adhésion à la théorie subjective de la valeur se conçoit alors aisément.

Cette classification est multiple : « *at any moment a given event may be treated as a member of more than one class, each of these classes containing also different other events; and a given event may also on different occasions be assigned to different classes according to the accompany events with which it occurs... Not only may each individual event belong to more than one class, but it may also contribute to produce different responses of the machine, if and only if it occurs in combination with certain other events* »⁶²⁴. Les classifications sont donc extrêmement complexes et permettent la constitution de cartes mentales. En se focalisant sur la catégorie de la relation, il nous semble que se pose la question de savoir comment il est possible de percevoir la particularité comme particularité, ce qui permettrait de dire que deux stimuli sont du même type.

Une difficulté supplémentaire se présente dans tout modèle évolutionnaire et connexionniste. Les catégories dépendent de « câblages » neuronaux (ou assemblées de neurones synchrones qui permettent de reconnaître un type de situation ou certaines caractéristiques d'une situation) et toute nouvelle donnée, pour être perçue, suppose un câblage antérieur. Il faut donc supposer que l'humain arrive précablé dans le monde. Cette part de connaissance a priori « *is not learnt by sensory experience, but is rather implicit in the means through which we can obtain such experience* »⁶²⁵. Il semblerait qu'Hayek considère qu'il existe un câblage dépendant de l'espèce⁶²⁶ lequel résulte d'une évolution plus lente.

Nous nous trouvons face à une conception où la relation de causalité n'est plus primordiale alors qu'elle est à l'origine de toute rationalisation. Ainsi, « *Il n'existe point de distinction entre connaître la cause et l'effet ou connaître la façon d'agir appropriée ou permise. La connaissance du monde est la connaissance de ce que quelqu'un doit faire ou ne pas faire dans certaines circonstances* »⁶²⁷. L'exemple wittgensteinien de la marche en est une bonne illustration. Nous agissons parce que cela fonctionne, pas forcément

⁶²² Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, p 143.

⁶²³ Friedrich Hayek, *The Primacy of Abstract*, in Friedrich Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Routledge, London, 314 pages, pp 35-49, op cit, p 42

⁶²⁴ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 50.

⁶²⁵ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 167

⁶²⁶ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, p 168.

⁶²⁷ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, op cit, p 21.

parce que nous savons pourquoi. La science essaye de justifier la raison des choix, mais elle est nécessairement limitée dans la mesure où le mécanisme de décision est bien plus complexe qu'un mécanisme purement causal et non réflexif.

Pour B. Smith, cette approche ne laisse pas de place à l'auto modelage du sujet conscient⁶²⁸. Il me semble plutôt que l'auto modelage est justement le fruit d'une nouvelle compréhension de l'action. Le processus est alors plus complexe et le processus conscient n'est là que pour intervenir sur le processus inconscient. L'homme ne peut pas modeler sa façon d'agir, mais cette façon varie en fonction de la prise en compte de son désir. C'est en ce sens que Hayek évoque un processus inconscient puisque nous ne pouvons nous mêmes calibrer nos réseaux neuronaux. Le problème posé par la théorie connexionniste touche à la survenance de la volonté. Damasio souhaiterait l'expliquer par l'approche connexionniste. Signalons enfin que, pour Hayek, la distinction opérée entre raison et passion est trop stricte tout comme celle entre artificiel et naturel⁶²⁹.

Hayek mentionne aussi des dispositions « *which makes an organism inclined to respond to stimuli of a certain class, not by a particular response, but by a response of a certain kind* »⁶³⁰. C'est la surimposition de différentes dispositions qui conduit à l'action⁶³¹. Pour nous, ces dispositions regroupent à la fois les catégories de perception et les catégories d'actions. Il existerait aussi une idée de volonté qui ne nous semble pas se manifester dans les catégories. Dans le cas des actions, la disposition nous donne l'idée abstraite de l'action mais la mise en œuvre concrète dépendra d'autres dispositions. C'est ensuite par le recoupement de ces différentes dispositions que l'action concrète sera sélectionnée. Autrement dit : « *Il n'y a guère de doute que l'aptitude particulière d'un système nerveux central consiste précisément dans le fait que des stimuli définis ne suscitent pas directement des réponses définies ; mais que certaines sortes de configurations de stimuli mobilisent certaines tendances à agir dans des sens voisins ; et c'est uniquement la surimposition de nombreuses tendances de ce genre qui dégage finalement l'action précise qui interviendra* »⁶³².

Enfin, il va de soi que les individus d'une même espèce partagent certaines caractéristiques qui leur permettent de se comprendre et de se mettre en empathie avec un autre individu. Nous ne

⁶²⁸ En ce sens, B Smith, *L'esprit connexionniste, une étude de la psychologie de Hayek*, op cit, p 111

⁶²⁹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, pp 143-144.

⁶³⁰ Friedrich Hayek, *The Primacy of Abstract*, op cit, pp 40, 42.

⁶³¹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 15.

⁶³² Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 34 ; en élargissant un peu son raisonnement, il est possible de retrouver l'idée d'attracteurs de la théorie des systèmes dynamiques complexes.

pouvons comprendre la raison humaine que dans la mesure où nos structures mentales ont quelque chose de semblable. Sans cette faculté, toute anticipation et toute histoire se révéleraient impossibles. Il serait absurde de dire que nous savons comment voit ou pense une mouche par exemple. Il faut donc supposer qu'il existe un corps de catégories qui appartient à l'espèce⁶³³ et qui n'est que semi-permanent⁶³⁴ car fluctuant avec l'espèce.

Nous venons d'observer que les catégories mentales nous donnent une carte du monde. Or cette carte est plus ou moins adaptée car les actes d'un individu ne conduisent pas forcément aux résultats espérés. Le mental est ainsi une instance de classification/reclassification permettant à l'homme de survivre dans un environnement mouvant⁶³⁵. Il apparaît alors que le mental est un processus réflexif infini et que la cognition ne peut se penser sans apprentissage. Globalement, nous retrouvons les trois types d'apprentissage précédemment mentionnés dans les limites théoriques du modèle de rationalité néoclassique. Nous ne reviendrons donc pas sur ceux-ci.

Cette approche a servi, sans nul doute, à certains développements en sciences cognitives⁶³⁶. John Holland, le père des algorithmes génétiques, propose un modèle plus formalisé que celui de Hayek. Son modèle garde cependant pour problème central celui de la capacité d'un système cognitif à utiliser l'expérience pour améliorer ses capacités de résolution de problèmes⁶³⁷ dans un univers complexe. La rationalité devient un concept écologique et non simplement logique⁶³⁸. De nombreuses analogies avec le système hayekien pourraient être réalisées. Nous ne reviendrons pas sur la formalisation proposée par Holland qui n'a que peu d'intérêt pour notre sujet.

D'une manière générale, le modèle de cognition proposé par Hayek ou Holland (mais aussi Simon) est difficilement utilisable pratiquement, en ce sens qu'il ne nous fournit que des intuitions sur le fonctionnement de la cognition mais qu'il est insuffisant pour prédire de façon suffisamment précise. Cette limitation explique certainement pourquoi les approches de ce type sont ignorées par une économie se conceptualisant comme une science empirique. Il s'agit

⁶³³ Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, [1952] 1992, Liberty Fund, Indianapolis, 416 pages, p 136

⁶³⁴ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 115

⁶³⁵ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 53

⁶³⁶ En ce sens, voir Paul Bourguin et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, op cit, p 11

⁶³⁷ Voir John Holland, *Adaptations in Natural and Artificial Systems*, 1992, MIT Press, Cambridge, 228 pages, spécialement p 1; Pour une présentation simplifiée et non formalisée du modèle de rationalité proposé par Holland, voir Viktor Vanberg, *The Rationality Postulate in Economics : its ambiguity, its deficiency and its evolutionary alternative*, op cit, pp 12-16.

⁶³⁸ Cette idée se retrouve dans Gerd Gigerenzer et Christopher Engel, *Heuristics and the Law*, 2006, MIT Press, Cambridge, 485 pages, p 3 ; elle pourrait aussi s'appliquer à Simon.

d'ailleurs de l'une des critiques formulée à l'encontre du *Behavioral Law & Economics*, ce qui nous amène naturellement à la question du choix du modèle de rationalité et donc du sens que nous souhaitons donner à l'utilisation des outils économiques pour appréhender les phénomènes juridiques. Cette question du « sens » n'est plus une question économique mais reste fondamentale à toute appréciation de pertinence des résultats de l'analyse économique du droit.

B. La question du choix du modèle de rationalité, et l'opposition entre Law & Economics et Behavioral Law & Economics

La rationalité est loin d'être un concept univoque. Il existe de nombreuses approches, plus ou moins compatibles entre elles. Se pose donc la question du choix du modèle de rationalité permettant de développer une analyse économique du droit pertinente (2). Avant de nous pencher plus directement sur cette question, nous souhaitons revenir rapidement sur la question de la rationalité et de la définition du champ de l'économie (1).

1. Rationalité et la définition du champ de l'économie

Les différentes approches de la rationalité ne sont pas sans poser de difficultés pour la cohérence des disciplines, notamment lorsqu'elles ont recours à des concepts développés en sciences cognitives. En effet, si l'économie, en suivant Robbins ou Becker, se définit par sa méthode et que cette méthode tend à s'inspirer des travaux des sciences cognitives, sommes-nous encore en présence d'un raisonnement économique ? De même, si la biologie utilise la théorie des jeux pour développer certains concepts, pouvons-nous parler d'une analyse économique de la biologie ou d'une analyse biologique de l'économie ? Comment distinguer l'analyse économique du droit d'une analyse du droit postulant que les individus se fondent sur des heuristiques ?

Prenons le cas de la récente théorie des contraintes juridiques. Dans cette théorie positiviste, on suppose que l'individu dispose d'une information parfaite, en ce sens qu'il dispose d'une « *connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère, y compris des interprétations que peuvent en donner les autres acteurs de ce système* »⁶³⁹. Par ailleurs, l'individu est semblable à l'individu égoïste des modèles économiques⁶⁴⁰ en ce sens qu'il « *a une propension à vouloir défendre sa sphère de compétence, à ne pas vouloir que sa décision soit renversée, à préserver son existence institutionnelle, ainsi qu'à*

⁶³⁹ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Gregorczyk, *Théorie des Contraintes Juridiques*, 2005, LGDJ Bruylant, Paris, 203 pages, p 16

⁶⁴⁰ Les auteurs reconnaissent d'ailleurs que leur homo juridicus s'inspire de l'homo economicus.

maintenir ou optimiser son pouvoir»⁶⁴¹. Avant de présenter ces éléments, les auteurs précisent que l'individu est pourvu d'une « *rationalité juridique spécifique* »⁶⁴².

Cette théorie est-elle juridique ou économique ? Dans l'ouvrage de référence sur la théorie des contraintes, l'article de Jon Elster aborde la question en faisant le rapprochement avec l'économie, sans pour autant entrer directement dans le vif du sujet, sauf à poser la requalification des « contraintes » en « coûts »⁶⁴³. Il semble aussi critiquer le fait que la théorie ne tienne pas suffisamment compte de l'incertitude⁶⁴⁴. Se pose alors la question de la spécificité du raisonnement juridique ou économique, de ce qui permet de classer un raisonnement comme appartenant à un type de discipline. Cette question constitue le centre de notre thèse.

Plus généralement, *qu'est ce qui fait « l'économicité » de la notion de rationalité* ? Si la rationalité touche la rationalité globale, autrement dit la façon dont les individus résolvent les problèmes économiques, pourquoi ce concept ne serait-il qu'économique ? Par exemple, le modèle de Simon ou de Hayek peut-il être considéré comme global ou économique ? De même, si la rationalité néoclassique est développée à partir de la rationalité utilisée pour résoudre des problèmes économiques, pourquoi l'étendre au domaine non marchand, autrement dit le contexte du problème permet-il son utilisation ?

Ces questions restent purement théoriques et nous ne souhaitons que poser certaines problématiques dans la mesure où elles ne concernent pas directement notre propos dans cette partie (même si se pose la question de la définition de ce que nous pourrions entendre par analyse économique du droit et la possibilité d'une approche pluridisciplinaire). Nous voulons simplement signaler que lorsque l'analyse économique du droit est évoquée, le problème est avant tout celui de l'analyse des phénomènes juridiques à partir d'une hypothèse de rationalité qui peut ne pas être, en elle-même, strictement économique⁶⁴⁵ ou se justifier sur des bases strictement économiques. L'économie, comme le droit, ne semble pas seulement devoir se définir simplement à partir de sa méthodologie ou de son domaine mais aussi à partir de sa démarche et de son vocabulaire⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Gregorczyk, *Théorie des Contraintes Juridiques*, op cit, p 15.

⁶⁴² Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Gregorczyk, *Théorie des Contraintes Juridiques*, op cit, p 15

⁶⁴³ Jon Elster, Droit et Causalité, in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Gregorczyk, *Théorie des Contraintes Juridiques*, op cit, pp 117-121

⁶⁴⁴ Jon Elster, Droit et Causalité, op cit, p 120

⁶⁴⁵ *Infra*, dernier chapitre

⁶⁴⁶ Nous aurons l'occasion de revenir sur ces remarques dans le dernier chapitre de notre thèse.

2. choix du modèle de rationalité

Le choix du modèle de rationalité s'impose dans la mesure où la construction d'une « science » (même sociale) nécessite un principe « général » de fonctionnement, dans notre cas l'hypothèse de rationalité. Nous retrouvons notre discussion relative à la rationalité comme nécessité méthodologique, déjà souligné par Popper. Citons à cet égard Richard McAdams qui précise que « *some amount of rationality is going to enter implicitly or explicitly into anyone's theory* »⁶⁴⁷. Dès lors que nous voulons systématiser le comportement humain, il faut qu'il existe quelque chose à systématiser et donc que le comportement ne soit pas purement aléatoire. Cette absence d'aléatoire pur et la façon d'en rendre compte constituent une théorie de la rationalité. Le modèle de rationalité néoclassique étant devenu le modèle standard en économie, la notion même de rationalité tend à être liée à celui-ci puisqu'il constitue une sorte de modèle de référence. Le passage de la conception descriptive à la conception normative de l'hypothèse de rationalité est à ce niveau éclairant. La justification de la normativité provient de la culture, de son utilisation, et n'a d'ailleurs pas fait l'objet de recherches approfondies.

Avant d'examiner plus directement l'influence de ce choix (question beaucoup plus pragmatique), nous reviendrons sur plusieurs critiques adressées au *Behavioral Law & Economics*, et notamment à celles formulées par Posner⁶⁴⁸. En effet, comprendre les critiques permettra de mieux saisir les enjeux sur le choix du modèle de rationalité.

a. Pour Posner, une partie des intuitions apportées par une meilleure prise en compte de la cognition fait déjà partie du modèle néoclassique. Il précise ainsi que l'analyse économique du droit a depuis longtemps cessé d'utiliser le modèle de rationalité parfaite dans lequel l'individu est hyper rationnel, sans émotion, asocial, égoïste, et non stratégique⁶⁴⁹. De plus, certaines caractéristiques mises en avant nécessitent simplement de prendre en compte l'évolution du système pour retrouver leur sens au sein de la rationalité néoclassique. Autrement dit, pour Posner, le problème ne serait pas tant celui de l'opposition dans les prédictions que celui de l'opposition dans le vocabulaire et dans l'argumentation visant à rendre compte du comportement des agents, dans ce que nous avons appelé le codage du phénomène.

Plus important, Posner signale que « *the paper is critical of the efforts of economists to enrich the model of rational choice, efforts that the paper describes as ad hoc, yet its own approach is ad hoc ; and though it prides*

⁶⁴⁷ Collectif, Roundtable Discussion, Must we Choose Between Rationality and Irrationality, 2005, *Chicago Kent Law Review*, vol 80, pp 1257-1284, p 1257

⁶⁴⁸ essentiellement dans Richard Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, op cit

⁶⁴⁹ Richard Posner, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, op cit, p 1552.

itself on empirical rigor and predictive accuracy, it is deficient in both qualities»⁶⁵⁰. Finalement, il ne perçoit pas l'analyse comme un changement de paradigme dans la mesure où la ceinture de protection du programme néoclassique permet de rendre compte de certains phénomènes⁶⁵¹.

Pour Posner, le *Behavioral Law & Economics* serait de l'économie sans l'hypothèse de rationalité comme maximisation de la satisfaction. Nous retrouvons alors le problème du domaine des disciplines que Posner n'aborde pas. Dans ce cas, en effet, pourquoi se réfère-t-il encore à l'économie ? *Soit l'économie se définit par l'hypothèse de rationalité et le behavioral law and economics n'est pas de l'économie, soit l'hypothèse de rationalité néoclassique n'est pas définitionnelle de l'économie, auquel cas il nous manque un critère pour dégager ce que peut signifier l'analyse économique du droit.*

Enfin, il critique la théorie qui en se voulant plus descriptive perd en pouvoir de prédiction⁶⁵² et risquerait, sur le plan normatif d'être totalitaire⁶⁵³ (dans la mesure où elle serait plus paternaliste). Nous ne reviendrons pas sur le second argument.

En ce qui concerne le premier argument, l'avantage de la théorie de la rationalité néoclassique, pour Posner, est d'être claire et de conduire à des prédictions non ambiguës. Autrement dit, sa conception de la « science » joue un rôle dans la ou les méthode(s) acceptable(s). Nous retrouvons le même type de critique chez Mitchell⁶⁵⁴. Hayek au contraire signale que « *I confess that I prefer true but imperfect knowledge, even if it leaves much undetermined and unpredictable, to a pretence of exact knowledge that is likely to be false. The credit which the apparent conformity with recognized scientific standards can gain for seemingly simple but false theories may, as the present instance shows, have grave consequences* »⁶⁵⁵.

En résumé, pour Posner, le changement du modèle de rationalité n'apporterait pas grand-chose dans mesure où le modèle classique permet de rendre compte des phénomènes. De plus, il ne

⁶⁵⁰ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1552

⁶⁵¹ et étrangement sans qu'il s'agisse de bricolage, alors qu'il fait référence à l'existence de personnalités multiples et que les raffinements du modèle néoclassique ne sont dus qu'aux critiques formulées sur la base d'une conception plus descriptive de la rationalité

⁶⁵² Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1559; Nous ne reviendrons pas ici sur le problème méthodologique lié à la falsifiabilité des hypothèses.

⁶⁵³ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1575

⁶⁵⁴ Gregory Mitchell, *Why Law and Economics' Perfect Rationality Should not be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence*, op cit, p 138

⁶⁵⁵ Friedrich Hayek, *The Pretence of Knowledge*, in Friedrich *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, op cit, pp 23-34, p 29

permettrait pas d'être aussi précis que le modèle néoclassique dans les prédictions. La question fondamentale du sens de la recherche n'est cependant pas posée.

b. En plaçant le problème sur le terrain de l'opposition entre rationalité néoclassique et rationalité « plus psychologique », Posner, même s'il nous permet de comprendre ses motivations et sa défense du modèle néoclassique de rationalité⁶⁵⁶, néglige une question pourtant centrale. Il est vrai qu'il est possible de rationaliser des phénomènes avec l'un ou l'autre des modèles de rationalité avancé. Il est vrai aussi que la prédiction ne sera pas du même type selon le modèle de rationalité utilisé. Néanmoins, la défense du cœur d'une théorie n'est pas nécessairement une attitude scientifique. Oliver Goodenough note ainsi que « *the rational actor model is a bit like Newtonian Physics : an acceptable oversimplification of what humans do that can be applied in certain analytic circumstances and that gets some good results... But we also need to recognize that the model has its limitations... Instead of asking if you should choose rational choice theory, I think you need to ask is this the right context for choosing it. If it's the right tool for the problem it's terrific, but we are just wrong if we pretend that it's the only tool for the problem of describing how humans decide and do things* »⁶⁵⁷. La question de la validité du modèle néoclassique de rationalité pour l'explication des phénomènes juridiques sera étudiée dans la suite de notre thèse (nous nous intéresserons également au concept de « bon choix » en fonction des circonstances).

Finalement, le choix du modèle de rationalité a une grande influence car il oriente notre perception. Il constitue une règle de recherche de l'explication d'un phénomène dans une certaine région du monde des possibles et rien n'empêche que la solution fournie ne soit pas « satisfaisante » dans la mesure où, par exemple, elle impose un bricolage de la théorie de base afin de la protéger (ce qui pose le problème du statut des résultats de l'analyse économique du droit : sont-ils des résultats purement analytiques ?)

Ceci ne signifie pas que les différents modèles proposeront des solutions nécessairement incompatibles entre elles mais elles éclaireront le problème de façons différentes. La multiplication des points de vue sur une question conduira les individus à se former des conceptions plus globales et multidimensionnelles des phénomènes qu'ils souhaitent étudier.

⁶⁵⁶ Dont il a tendance à s'écarter pour une conception plus « raisonnable » du « rationnel ». Ce point fera l'objet d'une étude toute particulière dans la fin de notre thèse. Nous avons déjà commencé à aborder la question dans la sous partie consacrée à la rationalité en analyse économique du droit.

⁶⁵⁷ Collectif, Roundtable Discussion, Must we Choose Between Rationality and Irrationality, pp 1283-1284

Chapitre 2. La définition de l'objectif social, le problème de l'efficience

« *Efficiency is a technical term : it means exploiting economic resources in such a way that human satisfaction as measured by aggregate consumer willingness to pay for goods and services is maximized* »⁶⁵⁸

Richard Posner

« *When economists attempt to evaluate economic institutions, policies and outcomes, they ask whether they make people better off* »⁶⁵⁹

Daniel Hausman et Michael McPherson

L'idée que l'allocation des ressources rares et leur production détermine le « bien-être »⁶⁶⁰ d'une société et des individus est consubstantielle à l'idée même d'économie. Knight fait ainsi remarquer que « *the conceptual ideal of economic behavior is assumed to be, at least within limits, also a normative ideal, that men in general, and within limits, wish to behave economically, to make their activities and their organization "efficient" rather than wasteful* »⁶⁶¹. Dans le même sens Bowles avance que « *To its founders, the subject of political economy was the wealth of nations and people* »⁶⁶². Enfin Arrow précise que « *If we continue the traditional identification of rationality with maximization of some sort..., then the problem of achieving a social maximum derived from individual desires is precisely the problem which has been central to the field of welfare economics* »⁶⁶³.

En schématisant un peu, le concept d'efficience est une extension de la rationalité de l'homme à la société : s'il était possible de personnifier la société, celle-ci serait-elle rationnelle et générerait-elle de façon optimale la rareté ? De même, doit-on juger – et qualifier – l'efficience au regard de son résultat (à l'instant t la situation est ou n'est pas efficiente) ou de son mécanisme (le mécanisme est efficient même si le résultat ne l'est pas toujours à l'instant t) ? Quels mécanismes sont susceptibles de conduire à l'efficience ? Le libre jeu du marché est-il plus efficient que l'intervention politique ?

⁶⁵⁸ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 1er édition, op cit, p 4

⁶⁵⁹ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p84

⁶⁶⁰ Cette notion est très ambiguë... nous aurons l'occasion d'y revenir

⁶⁶¹ Frank Knight, *Anthropology and Economics*, op cit, p 252;

⁶⁶² Samuel Bowles, *Microeconomics*, op cit, p 1

⁶⁶³ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 3

Nous retrouvons ici le problème de l'arbitrage entre l'organisation et le marché, arbitrage central dans l'économie moderne⁶⁶⁴. Cette question a fait l'objet de nombreuses analyses lorsque les économistes se sont intéressés à l'efficacité du modèle socialiste. Autrement dit, les interactions des individus entre eux et avec leur environnement permettent-elles d'atteindre l'efficacité ou est-il nécessaire d'intervenir sur l'environnement afin que les interactions soient plus efficaces ? Nous n'étudierons pas spécifiquement cette question même si nous montrerons que, dans le cadre de l'interprétation traditionnelle du modèle néoclassique, le marché apparaît comme un moyen d'allocation des ressources particulièrement efficace (ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de « défaillances » du marché... ni que le modèle néoclassique n'est pas un modèle centralisé).

Notons que la question de l'efficacité, dans le cadre de l'approche économique, doit trouver une solution économique. Ce problème est à l'origine de la délicate question de la position épistémologique du principe d'efficacité⁶⁶⁵.

Le problème de l'efficacité se retrouve naturellement dans l'analyse économique du droit. Dès lors que les phénomènes juridiques ont potentiellement une influence sur l'allocation des ressources – en un sens le droit alloue des droits – une des questions centrale sera d'interroger l'efficacité de ces allocations (par exemple, l'existence de droits de propriété sert-elle l'efficacité économique ? L'idée d'Etat répond-elle à une conception économique ?) qu'elles soient réalisées par le législateur ou le juge. Le fameux théorème de Coase, sur lequel nous reviendrons⁶⁶⁶, questionne d'ailleurs l'efficacité de l'allocation des droits. D'autres études s'intéressent à l'efficacité de la codification par rapport à un système classique de *common law*, ou tout simplement à l'efficacité globale du système de *common law*⁶⁶⁷.

L'efficacité constitue le second pilier de l'analyse économique du droit et peut-être même de l'analyse économique. Scitovsky note ainsi que « *Without welfare economics, however, economic theory would be a collection of techniques and the economist would be little more than a technician, a politician's*

⁶⁶⁴ Sur cette question, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, voir par exemple Charles Wolf, *Markets or Governments, Choosing between imperfect alternatives*, 1993 (2d), MIT Press, Cambridge, 238 pages ; Neil Komesar, *Imperfect Alternatives, Choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, University of Chicago Press, Chicago, 287 pages; voir aussi Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, spécialement les 2 premières chapitres.

⁶⁶⁵ Infra, sur la position épistémologique du principe d'efficacité.

⁶⁶⁶ voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

⁶⁶⁷ Une partie de l'analyse économique du droit démarre sur cette question de l'efficacité du système. Nous ne développerons pas ces points ici en remettant leur étude au titre 2 de notre première partie. Quelques développements apparaîtront aussi dans la seconde partie de cette thèse.

handyman, who has to wait for the latter to state his aims and can merely advise him on how to go about achieving those aims. Welfare economics supplies the economist – and the politician – with standards, at least with some standards, by which to appraise and on the basis of which to formulate policy»⁶⁶⁸. L'efficacité (qui est au cœur de l'économie du bien-être) permet une évaluation critique du résultat des modèles et semble permettre à l'économiste de se positionner comme conseiller. Nous pourrions constater néanmoins que son statut épistémologique est relativement ambigu.

Le concept d'efficacité sert aussi de base à la justification de l'économie de marché notamment par le biais des deux théorèmes de l'économie du bien-être. En effet, l'allocation des ressources par le marché constituerait, globalement, un moyen efficace d'allocation des ressources rares⁶⁶⁹ (si nous restons dans le cadre du modèle néoclassique) lorsque les individus sont rationnels au sens néoclassique, ou un moyen de favoriser la meilleure utilisation des connaissances existantes⁶⁷⁰ (même si cette affirmation est plus délicate à justifier comme nous le montrerons).

Nous présenterons ici ce concept sans trop nous interroger sur l'intérêt de sa transposition dans le domaine du droit (cette question sera abordée dans la seconde partie de notre thèse). Signalons simplement qu'il est étrange de retrouver la thématique de l'efficacité dans un domaine concerné originellement par la justice⁶⁷¹ (et beaucoup d'individus opposent même les deux termes). Ce point n'est pas insignifiant puisque de nombreux praticiens de l'analyse économique du droit tenteront de justifier la possibilité de requalifier un raisonnement en termes de « justice » en un raisonnement en termes d'efficacité⁶⁷².

Nous restons dans l'optique d'un décodage du code économique appliqué au droit. Nous ne comparerons donc pas la notion économique d'efficacité avec les notions floues et proches d'efficacité, d'efficacité ou d'effectivité que l'on peut retrouver dans la littérature juridique et qui ne disposent pas d'une définition technique. Signalons que le terme d'efficacité est souvent

⁶⁶⁸ Tibor Scitovsky, *The State of Welfare Economics*, 1951, *The American Economic Review*, vol 41, pp 303-315, p 303

⁶⁶⁹ Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 2004 (3rd Edition), Thomson South Western, Mason (Ohio), 848 pages, pp 8-9

⁶⁷⁰ Sur ce point, voir par exemple Friedrich Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, 1945, *American Economic Review*, vol 35, pp 519-530

⁶⁷¹ Le numéro de 1980 de la *Hofstra Law Review* pose d'ailleurs cette question centrale. On pourra aussi se référer à la thèse d'Elisabeth Krecké, *Le Critère d'Efficacité dans l'Analyse Economique du Droit*, 1993, Thèse d'économie, Université Aix Marseille III, 338 pages qui souligne parfaitement ce problème dès son introduction.

⁶⁷² L'ouvrage de Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit touche explicitement cette question. Posner, lui-même, essaiera de démontrer que son critère d'efficacité est éthique (en ce sens, voir Richard Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 487-507 ; reproduit et modifié dans Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, chapitre 4).

considéré comme un anglicisme⁶⁷³ et qu'il est parfois traduit par efficacité⁶⁷⁴. Nous ne discuterons pas ici ces questions terminologiques même si nous préférons la notion d'efficience à celle d'efficacité pour évoquer le concept économique. En effet, la notion d'efficacité semble s'orienter vers le but alors que celle d'efficience vise plus spécifiquement les moyens sans considération pour les fins.

Nous pourrions constater un emboîtement des deux piliers de l'analyse économique. En effet, le concept de rationalité joue un rôle sur la possibilité même d'atteindre une situation efficiente, si celle-ci existe. Dès lors que l'horizon temporel est éloigné, et que les individus ne disposent pas d'une rationalité parfaite, la notion d'efficience perd une grande partie de sa valeur puisque ce concept est pensé pour analyser une situation statique et non dynamique. Comment savoir si une situation est efficiente s'il m'est impossible d'en connaître toutes les conséquences ?

Afin de pouvoir donner une réponse, ou plus précisément un début de réponse à la question de l'allocation et de la production efficiente des ressources, il est nécessaire de définir ce que les économistes entendent par efficience. Schématiquement nous reprendrons la structuration nous ayant permis d'analyser la rationalité. D'une manière générale, la notion d'efficience en analyse économique classique est une approche essentiellement statique (Section 1) : il s'agit de déterminer si une situation est efficiente à l'instant t , tous les paramètres étant fixés et déterminés ou déterminables. Cette approche n'est pas sans poser de nombreuses difficultés lorsque la notion d'efficience est perçue dans un cadre dynamique (Section 2), la notion même d'efficience perdant une grande partie de son contenu au profit de notions proches comme l'adaptabilité (qui elle-même est loin d'être précise).

L'objectif de ce chapitre, comme du précédent, correspond à une étude critique des concepts mobilisés par l'économiste afin d'évaluer une situation. Sans cette étude critique, il nous semble impossible de bien saisir l'apport de l'analyse économique du droit et d'en comprendre la valeur épistémologique. Une nouvelle fois, les développements présentés seront avant tout des développements économiques, il s'agira de comprendre comment « pense » l'économie pour envisager l'explicitation des phénomènes juridiques et évaluer la pertinence des résultats présentés.

⁶⁷³ La plupart des dictionnaires de bases soulignent ce point.

⁶⁷⁴ voir par exemple, Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, par exemple p 31

Section 1 : La notion d'efficience en analyse économique néoclassique ; une approche essentiellement statique

« Under the rubric of welfare economics, the conception of social welfare is based on individuals' well-being. Specifically, social welfare is postulated to be an increasing function of individuals' well-being and to depend on no other factors »⁶⁷⁵.

Louis Kaplow et Steven Shavell

« [W]e know from the studies of complex systems that it is impossible to use a criterion such as efficiency to determine the optimal course of action to be taken in a market economy. The best that can be achieved, through careful process analysis, is the formulation of sets of plausibly good courses of action »⁶⁷⁶.

Robin Paul Malloy

En économie néoclassique, l'identification du bien-être des individus est relativement simple puisque celui-ci revient à satisfaire les préférences de ces individus (lorsque nous les connaissons). En dehors du modèle néoclassique, cette identification est contestable puisqu'il est tout à fait possible que les individus ne perçoivent pas de façon adéquate leur bien-être. C'est d'ailleurs à partir de cette justification que de nombreuses politiques « paternalistes » ont pu voir le jour. Par exemple, pourquoi imposer le port du casque sur un deux roues si les individus connaissent parfaitement les risques qu'ils prennent ?

Même au sein du modèle néoclassique, cette identification peut être problématique puisque rien ne permet de discriminer entre le bien-être « légitime » et le bien-être « illégitime ». Hausman et McPherson précisent ainsi « *It mistakenly suggests that social policy should attend to all preferences, even if they are expensive, anti-social, or the results of false beliefs, manipulation, or problematic psychological processes* », avant d'ajouter « *The only real advantage of identifying well being with the satisfaction of preferences is that it apparently links welfare problems immediately to fundamental economic theory* »⁶⁷⁷. Le lien entre les deux piliers de l'analyse économique apparaît alors clairement.

⁶⁷⁵ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, p 24

⁶⁷⁶ Robin Paul Malloy, *Law in a Market Context, an Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, 260 pages, p 59

⁶⁷⁷ Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 83

Nous l'avons déjà précisé, la notion d'efficience est liée à la notion de bien-être, qui elle-même résulte, dans le modèle néoclassique, des préférences des individus. Assez trivialement on pourra donc dire qu'une situation est efficiente – ou plus précisément tend vers plus d'efficience – si elle permet d'améliorer le bien-être des individus. Cette formulation est loin d'être transparente (et c'est certainement pour cela qu'elle rassemble autant) : de quels individus parle-t-on ? Tous les individus doivent-ils voir leur bien-être s'améliorer pour pouvoir qualifier une situation d'efficiente (et comment situer la notion par rapport à un utilitarisme classique ou à la conception de Rawls) ? Que signifie cette efficience, comment se caractérise-t-elle ?

Nous reprendrons le schéma d'analyse proposé pour étudier la rationalité afin de décrypter le concept d'efficience. Nous examinerons tout d'abord l'idée de l'efficience en économie du bien-être (§1). Il s'agira d'analyser le concept et les sous concepts auxquels elle a conduit et qui servent à construire les raisonnements économiques des phénomènes juridiques. Nous analyserons ensuite la position épistémologique du concept d'efficience (§2) afin de pouvoir identifier son domaine de validité et la portée des explications fondées sur celui-ci. Nous pourrions constater que caractériser l'efficience uniquement comme un concept normatif est loin de refléter la véritable portée de celui-ci (même si oublier cette dimension discrédite largement l'analyse... si celle-ci se veut normative).

Nous insisterons tout particulièrement au cours de nos développements sur le lien puissant qu'il existe entre l'idée de rationalité et les concepts d'efficience. Par exemple, la justification de l'efficience de l'économie de marché a été construite autour de l'idée de rationalité (ou peut-être est-ce l'inverse, la proposition étant indécidable). Il en va de même pour l'idée de concurrence pure et parfaite ou l'identification des défaillances du marché.

§1. L'idée de l'efficience en économie du bien-être : concepts et sous concepts

Le concept d'efficience, comme le concept de rationalité, est pluriel en économie et dispose d'une signification technique. Il vise, classiquement, la production et l'allocation des ressources rares dans un système. On distingue donc l'efficience productive et l'efficience allocative⁶⁷⁸. Il faudrait aussi ajouter que parfois la notion d'efficience se rapproche de celle d'équilibre du marché dans la mesure où, sous certaines conditions, l'équilibre du marché est considéré comme efficient (car il

⁶⁷⁸ Par exemple, Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 1^{er} édition, op cit, pp 17-18 ; Jeffrey Harrison, *Law and Economics, Cases, materials and Behavioral Perspectives*, 2002, Thomson West, Saint Paul, 776 pages, pp 41-42

matérialise une allocation efficiente des ressources) ; nous retrouvons dès lors la notion, popularisée et schématisée, de la main invisible d'Adam Smith. Cette dernière conception est procédurale contrairement aux deux premières : l'efficience est déterminée par la procédure et non par un niveau qu'il est possible de connaître a priori.

Un processus est efficient du point de vue de la production s'il maximise la production compte tenu de moyens de production donnés. Par exemple, si une entreprise dispose de 2 ouvriers et d'une machine, le processus de production sera efficient s'il n'est pas possible de produire plus sans augmenter soit le travail, soit le capital. Dans le célèbre exemple de la manufacture d'épingles de Smith, l'auteur montre que l'absence de spécialisation dans des tâches spécifiques n'est pas efficiente (puisque'il serait possible de produire bien plus via cette spécialisation). Le management vise spécifiquement ce type d'efficience. Il s'agit donc de produire au moindre coût : on recherche un optimum de production. Cette conception de l'efficience est certainement la moins « utile » pour aborder l'analyse économique du droit.

Un processus est efficient du point de vue de l'allocation des ressources s'il n'est pas possible d'améliorer le bien-être d'un individu sans diminuer le bien-être d'un autre individu ou plus généralement si la répartition des ressources conduit à la maximisation de la fonction de bien-être dans la société⁶⁷⁹. Par exemple, donner un livre de Proust à un enfant de 6 ans plutôt qu'à un étudiant en lettres n'est a priori pas efficient⁶⁸⁰.

Une autre formulation (différente de la précédente et qui se pose en théorème lorsque certaines conditions sont remplies) consiste à avancer l'idée qu'un marché en concurrence pure et parfaite est efficient du point de vue de l'allocation des ressources s'il est à l'équilibre, c'est-à-dire si la quantité offerte correspond à la quantité demandée. Si tel n'est pas le cas, il y a un gaspillage. En un sens, l'idée centrale de l'efficience est d'éviter tout gaspillage⁶⁸¹.

Ces formulations de l'efficience sont évidemment liées puisque la répartition des richesses a une influence sur la production et que la production a une influence sur la répartition. Comme le fait

⁶⁷⁹ Ces deux définitions ne se recoupent pas nécessairement. La première touche ce que les économistes appellent l'efficience au sens de Pareto tandis que la seconde se rapproche plutôt de l'efficience allocative du type Kaldor Hicks ou analyse coûts-bénéfices.

⁶⁸⁰ Plus précisément, ce n'est pas efficient dans le cadre de la maximisation de la fonction de bien-être de la société. Du point de vue de l'optimum de Pareto, la réponse est plus délicate.

⁶⁸¹ Par exemple, Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, p 7 « *the next priority is efficiency, which means that nothing gets wasted* ».

remarquer Kornhauser : « *an allocatively efficient economy must be productively efficient. It need not be true, however, that a productively efficient economy be allocatively efficient* »⁶⁸².

D'une manière générale, l'analyse économique du droit s'intéresse plus à l'efficacité allocative qu'à l'efficacité productive. Comme nous l'avons déjà mentionné, le droit est un outil d'allocation des ressources (il attribue des droits). Économiquement, il s'agira de connaître ses effets sur l'allocation des ressources afin d'évaluer les règles juridiques.

Nous commencerons par présenter les différents concepts d'efficacité présents en économie du droit (A). Nous identifierons ensuite les sources d'inefficacité (B) qui sont construites autour du modèle néoclassique de la concurrence pure et parfaite et que les économistes néoclassiques caractérisent généralement comme des « défaillances » du marché (la connotation étant d'importance).

Les concepts d'efficacité ne sont que des critères techniques et l'évaluation concrète d'une solution est souvent très complexe (*infra*, partie 2, titre 1, chapitre 2). Ces critères ne sont que des indices nous permettant d'aborder la question de l'efficacité d'une situation. En analyse économique et en analyse économique du droit, il est rare que le processus de tendance vers l'efficacité soit lui-même analysé.

A. Présentation critique des différents concepts permettant de caractériser l'efficacité économique

Une allocation de ressources est efficace si elle maximise le bien-être des individus (soit pris dans leur globalité, soit envisagés dans leur individualité). Comme le note par exemple Polinsky (pour une approche globale), « *the term efficiency will refer to the relationship between the aggregate benefits and the aggregate costs of the situation* »⁶⁸³. Cette conception populaire de la notion d'efficacité reste fondamentale en économie du droit et constitue une des raisons pour lesquelles l'analyse économique du droit a été souvent associée à l'utilitarisme⁶⁸⁴.

⁶⁸² Lewis Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 591-639, pp 593-594

⁶⁸³ Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, op cit, p 7. L'auteur précise d'ailleurs que cette conception de l'efficacité est la plus intuitive, contrairement au critère technique proposé par Pareto. Afin de mieux comprendre la logique de cette dernière approche, un retour sur l'origine de ce critère n'est pas inutile.

⁶⁸⁴ Cette association serait inexacte pour Posner. Par exemple, Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 48

Il s'agit donc, rappelons-le, de savoir comment sera pris en compte le bien-être de chaque individu et comment il sera possible de savoir si ce bien-être augmente (si les individus sont rationnels au sens néoclassique, la réponse est triviale puisqu'il suffira que leurs préférences soient satisfaites ; au niveau global la question est plus délicate). La question serait alors de savoir si ce choix relève de l'économie ou plus généralement de l'éthique⁶⁸⁵.

S'il était possible de mesurer et d'agrèger les utilités des différents individus tout serait plus simple⁶⁸⁶. En effet, la comparaison des coûts et des bénéfices serait grandement facilitée puisqu'il suffirait de s'intéresser à l'utilité agrégée de la société afin de décider⁶⁸⁷. Signalons cependant que cette agrégation emporte avec elle des valeurs puisque la méthode ne peut être parfaitement neutre (par définition même puisqu'une méthode est une exclusion). Hausman affirme clairement l'impossibilité de la comparaison interpersonnelle des utilités dans le cadre de l'économie néoclassique « *If welfare is the satisfaction of (actual or rational) preferences, then it is not possible to make interpersonal utility comparisons in a morally acceptable way* »⁶⁸⁸. Il ajoute « *Most economists believe that interpersonal comparisons of utility are untestable, evaluative or even meaningless* »⁶⁸⁹. Scitovsky fait remarquer que pour Robbins, le refus de la comparaison interpersonnelle des utilités était une condition pour que l'économie puisse atteindre l'objectivité de la science⁶⁹⁰. En effet, si le concept d'utilité utilisé en économie est essentiellement ordinal, la comparaison interpersonnelle des

⁶⁸⁵ Cette question du domaine de l'économie est centrale dans notre thèse. En effet, une question éthique ne peut être réduite à une question économique car le type de rationalité postulé par l'économie n'est pas suffisant (ou satisfaisant) pour envisager l'ensemble des problèmes de choix. Si tel est le cas, la « rationalité » juridique conserve une spécificité et il serait même possible d'envisager la dimension juridique de l'économie (à travers les choix en termes de raisonnable).

⁶⁸⁶ La thématique de la comparaison interpersonnelle des utilités a engendré une littérature abondante. On pourra se référer à Daniel Hausman, *The Impossibility of Interpersonal Utility Comparisons*, 1995, *Mind*, New Series, vol 104, pp 473-490 ; Ken Binmore, *Interpersonal Comparison of Utility*, 2007, ELSE working paper, n°264, disponible sur le site <http://else.econ.ucl.ac.uk/newweb/papers.php>, 20 pages ; Jon Elster et John Roemer (eds), *Interpersonal Comparison of Well Being*, 1993, Cambridge University Press, Cambridge, 410 pages ; Peter Hammond, *Interpersonal Comparison of Utility: Why and How They are and Should be Made*, in Jon Elster et John Roemer (eds), *Interpersonal Comparison of Well Being*, 1993, Cambridge University Press, Cambridge, 410 pages, pp 200-234. Chacun de ces articles ou ouvrage renvoie à une abondante bibliographie. Nous ne développerons pas dans le détail cette question ici.

⁶⁸⁷ Cette idée est parfaitement exprimée par Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 4 : « If we admit the meaning to interpersonal comparisons of utility, then presumably we could order social states according to the sum of the utilities of individuals under each, and this is the solution of Jeremy Bentham ».

⁶⁸⁸ Daniel Hausman, *The Impossibility of Interpersonal Utility Comparisons*, op cit, p 474 ; cet argument se retrouve aussi dans Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, p 86

⁶⁸⁹ Daniel Hausman, *The Impossibility of Interpersonal Utility Comparisons*, op cit, p 475

⁶⁹⁰ Tibor Scitovsky, *The State of Welfare Economics*, op cit, p 304 ; voir aussi Lionel Robbins, *Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment*, 1938, *The Economic Journal*, vol 48, pp 635-641

utilités n'a plus grand sens. On ne peut donc pas comparer l'utilité qu'a un individu à manger une pomme et l'utilité qu'aurait un autre individu à manger une poire ou cette même pomme.

La comparaison interpersonnelle des utilités est rejetée par l'économie moderne et, dès lors, il n'existe pas une manière non arbitraire d'agrèger les utilités des individus : « *if we exclude the possibility of interpersonal comparisons of utility, then the only methods of passing from individual tastes to social preferences which will be satisfactory and which will be defined for a wide range of sets of individual orderings are either imposed or dictatorial* »⁶⁹¹. Notons d'ailleurs le paradoxe : afin de se constituer en science, l'économie rejette la comparaison interpersonnelle des utilités mais, ce faisant, elle est forcée de réaliser des choix arbitraires qui, même s'ils sont techniques, ne peuvent pas être justifiés dans le cadre de l'économie.

Le bien-être des individus est considéré comme purement subjectif. Il est lié uniquement à la satisfaction des préférences des individus rationnels, même si ces préférences sont considérées comme « déviantes »⁶⁹².

En analyse économique du droit, plusieurs concepts d'efficacité sont utilisés. Nous analyserons ici les principaux à savoir le critère de Pareto⁶⁹³ (A) (conception de l'efficacité à partir de l'individualité et seule conception qui fait l'objet d'une relative unanimité), le critère de Kaldor Hicks⁶⁹⁴ qui se rapporte bien souvent à une analyse coûts-bénéfices (B) et le critère de la maximisation de la richesse proposé par Posner⁶⁹⁵ (C) (dans ces deux derniers cas, l'efficacité est entendue comme globalité, l'individu particulier s'efface devant la collectivité). Ces critères sont des critères techniques, notre analyse se limitera donc à une évaluation critique de ces critères sous l'angle technique. La critique de la valeur normative se fera lorsque nous étudierons la position épistémologique de l'efficacité. Les problèmes liés à l'utilisation des critères dans le

⁶⁹¹ Du moins si on souhaite respecter les axiomes posés par Arrow (Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual values*, op cit, p 59).

Il s'agit du fameux théorème d'impossibilité de Arrow. Nous reviendrons sur ce problème lorsque nous étudierons la position épistémologique du concept d'efficacité.

⁶⁹² Et c'est d'ailleurs souvent sur ce point que les critiques de certains modèles économiques d'efficacité abondent. Comment tenir compte de façon égale des préférences d'un sadique et des préférences d'un individu « normal » ?

⁶⁹³ Le critère a été développé par le sociologue et économiste Italien Vilfredo Pareto. Il se situe au fondement de toutes les réflexions sur l'efficacité en économie.

⁶⁹⁴ Ce critère a été mis au point par deux économistes Nicholas Kaldor et John Hicks (prix Nobel d'économie en 1972 qu'il partage avec Kenneth Arrow, notamment pour son travail sur l'économie du bien-être). Voir par exemple : Nicholas Kaldor, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility*, 1939, *The Economic Journal*, vol 49, pp 549-552; John Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 1939, *The Economic Journal*, vol 49, pp 696-712

⁶⁹⁵ voir par exemple, Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, spécialement les chapitres 3 et 4. Nous reviendrons de façon extensive sur la bibliographie consacrée à cette approche.

cadre de l'analyse économique du droit seront analysés avec plus de détails dans la seconde partie de notre thèse.

Chacun de ces critères entretient des relations étroites avec les autres. Ainsi, le critère de Kaldor Hicks est souvent rapproché du critère de Pareto en ce sens qu'il remplirait ce dernier de façon potentielle⁶⁹⁶ ; c'est d'ailleurs pour pallier les défauts du critère de Pareto que le critère de Kaldor Hicks est apparu. De même, Posner a tendance à assimiler lui-même son critère à celui de Kaldor Hicks⁶⁹⁷. Nous étudierons cependant séparément ces deux critères dans la mesure où la démarche de Posner permet une meilleure compréhension de la logique de l'analyse économique du droit et permet d'évoquer la question de l'utilitarisme.

Chacun des concepts d'efficacité permet de caractériser une situation mais ne fournit aucun indice pour nous conduire vers une situation efficace. Il ne s'agit donc que d'outils d'évaluation.

1. Le critère de Pareto et approche en terme d'équilibre : la justification de l'économie de marché

Après avoir défini et analysé le critère de l'efficacité au sens de Pareto (a), nous insisterons sur son influence dans la justification de l'économie de marché à travers les théorèmes de l'économie du bien-être (b). Nous pourrions constater que l'hypothèse de rationalité donne une force supplémentaire à ce critère.

L'efficacité au sens de Pareto constitue la conception la plus restrictive de l'efficacité mais également la seule sur laquelle les économistes réussissent à s'entendre. Elle est d'ailleurs tout aussi séduisante pour le juriste. Politiquement, elle est aussi la plus « conservatrice » des conceptions.

a. Pareto supériorité et Pareto optimalité

Le critère de Pareto est souvent présenté comme une possibilité de classer la désirabilité des états du monde sans passer par une comparaison interpersonnelle des utilités. Ce critère permet de respecter la stricte subjectivité des préférences puisque le bien-être de l'agent sera considéré uniquement comme la satisfaction de ses préférences.

⁶⁹⁶ nous reviendrons sur ce point dans la suite de nos développements. Le saut théorique est en effet plus important qu'il n'y paraît au premier abord.

⁶⁹⁷ par exemple, Richard Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, op cit, spécialement p 491

Un état X est Pareto supérieur (ou Pareto dominant) à un état Y (qui est alors Pareto dominé) si au moins une personne préfère X à Y et si personne ne préfère Y à X. Ce critère est assez intuitif : si personne ne préfère l'état Y et qu'au moins une personne préfère l'état X, comment ne pas considérer que X améliore le bien-être (voire même qu'il est désirable) ?

Un état X est Pareto optimal si, et seulement si, il n'est pas possible d'améliorer le bien-être d'un individu sans diminuer le bien-être d'un autre individu. Supposons que nous ayons à répartir une somme d'argent entre trois individus et que le bien-être de chaque individu soit déterminé par le montant reçu. La répartition équitable entre les trois individus est Pareto efficiente, de même que l'allocation de toute la somme à un individu ou à deux d'entre eux. Plus globalement toute répartition complète des richesses – et donc l'absence de gaspillage – est Pareto efficiente quelle que soit l'équité de cette répartition. Le critère de Pareto est donc strictement un critère d'efficience et non un critère d'équité ou de justice en ce qui concerne la répartition des richesses. En effet, si Pierre dispose de 50, Marie de 25 et Jacques de 25, on ne peut améliorer le bien-être d'un d'entre eux sans diminuer le bien-être d'un autre. Il en va de même si Pierre dispose de 100 et que Marie et Jacques n'ont rien du tout. En revanche, si on dispose de 100 et qu'on ne distribue que 90, il est possible d'améliorer le bien-être d'un individu sans diminuer celui des autres en allouant les 10 restants à un ou plusieurs des individus⁶⁹⁸.

Le critère de l'efficience de Pareto est un critère relativement faible du point de vue pratique puisque l'état efficient n'est pas unique⁶⁹⁹. De plus, la présence d'une situation correspondant à cette définition ne se vérifie que négativement – par l'absence d'un état Pareto supérieur – ce qui ne permet pas de savoir si l'état trouvé à un moment t est Pareto optimal si nous « stoppons » les recherches. Il est donc nécessaire que les états soient identifiés et un état n'est Pareto optimal que relativement aux états identifiés. La question de l'identification de ces états ne fait pas l'objet d'une analyse en économie. Elle est pourtant fondamentale. En effet, et nous aurons l'occasion d'y revenir, l'efficience d'une règle peut être sous optimale alors que le système dans lequel figure la règle est, lui, efficient.

Si un individu au moins préfère X à Y et qu'un autre individu préfère Y à X, les deux états ne sont pas comparables sur la base du critère de Pareto. Il y a donc un découplage entre le critère d'efficience et l'idée de répartition des ressources⁷⁰⁰. On ne peut donc pas comparer la situation

⁶⁹⁸ sauf à considérer que la répartition des richesses joue un rôle dans le bien-être des individus... Il suffit de se rappeler le jeu de l'ultimatum. Ce point fera l'objet d'une étude dans la suite de notre thèse.

⁶⁹⁹ Voir par exemple, Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, p 32

⁷⁰⁰ Cette question est centrale pour analyser la validité de l'analyse économique pour les phénomènes juridiques. Ce point sera étudié dans la partie consacrée au statut épistémologique des critères d'efficience.

dans laquelle toutes les richesses appartiennent à un petit nombre d'individus et une situation dans laquelle cette richesse est répartie plus « équitablement ». Autrement dit, on ne peut pas comparer deux situations Pareto optimales.

De façon plus surprenante, ce critère donne une sorte de droit de « veto » (puisqu'il se fonde sur un principe d'unanimité) à n'importe quel individu et ce quelles que soient ses préférences (ce qui pourrait conduire à des comportements stratégiques et donc à l'impossible identification d'une telle situation). Si on souhaite interdire la torture dans une communauté et que dans cette communauté une personne se trouve être un sadique, on ne pourra pas dire que l'interdiction de la torture « améliore le bien-être » de la communauté sur la base de ce critère. De même, si un individu perd une pomme dans l'état Y par rapport à l'état X alors que l'ensemble des individus voit son bien-être augmenter de façon substantielle, on ne pourra pas dire que l'état Y est Pareto supérieur à l'état X.

Ce critère est donc peu opérationnel, notamment en économie du droit puisqu'en allouant un droit à une personne plutôt qu'à une autre, il est tout à fait vraisemblable qu'une personne soit dans une situation moins avantageuse. Comme le fait remarquer Zerbe, « *few policies indeed have no losers* »⁷⁰¹ (le critère est donc conservateur puisqu'il donne une prime au présent sur le potentiel). Limiter les émissions de CO2 peut ainsi diminuer le bien-être des pétroliers ou des constructeurs automobiles, voire même de l'ensemble des industries considérées comme polluantes. Seules les décisions unanimes sont susceptibles d'être Pareto efficaces mais de telles décisions sont rares. Il s'agit d'une des raisons pour laquelle dès la fin des années 1930 le critère de Kaldor Hicks émergera.

L'idée de Pareto supériorité, couplée à l'idée de rationalité, permet de justifier l'efficacité des transactions sur le marché. Si deux individus sont rationnels au sens néoclassique et qu'ils décident de procéder à un échange, cette solution signifie que l'état X (précédent la transaction) est Pareto dominé par l'état Y (faisant suite à la transaction). Si les individus sont rationnels, toute transaction permet d'améliorer le bien-être des individus. En effet, les individus ne procéderont à l'échange que si ce qu'ils gagnent par cette transaction est préféré à ce qu'ils perdent dans celle-ci. Si j'achète un disque c'est que je préfère avoir le disque que 10€ supplémentaires dans mon porte-monnaie. Le critère de Pareto, couplé à l'hypothèse de rationalité, permet donc de justifier les transactions marchandes (infra) et, plus généralement, l'ordre du marché.

En revanche, si les individus ne sont pas rationnels au sens néoclassiques et qu'ils ne sont pas capables de bien évaluer leur « bien-être », la transaction ne sera pas nécessairement efficace au

⁷⁰¹ Richard Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, 2001, Edward Elgar Publishing, Northampton, 328 pages, p 3

sens de Pareto, et nous retrouvons ici une dimension paternaliste. Les règles touchant à l'information du consommateur visent à lui permettre de faire un choix « éclairé » de façon à ce que l'acte de consommation se traduise par une augmentation du bien-être de l'individu.

b. théorèmes de l'économie du bien-être et concurrence pure et parfaite

Depuis Adam Smith et la vulgarisation de son approche en termes de main invisible, les économistes se sont penchés sur la question de l'efficacité allocative des marchés. Le libre jeu de la concurrence conduit-il à une allocation des ressources efficaces ? En d'autres termes « *Comment la poursuite de l'intérêt individuel par des agents libres et indépendants engendre non pas l'anarchie mais l'ordre et ce par l'échange volontaire et sans coordination préalable ?* »⁷⁰² La question est d'importance. En effet, si une allocation efficace des ressources peut être réalisée à travers le marché, il suffit, pour beaucoup, de s'assurer du libre jeu de la concurrence sur celui-ci pour que l'allocation tende vers l'efficacité (ce qui n'est cependant pas nécessairement le cas). Si le marché, au contraire, ne conduit pas vers l'efficacité, il s'agira de déterminer, directement, l'allocation efficace des ressources. Du point de vue du droit, nous retrouvons la distinction entre la régulation et la réglementation.

Les théorèmes de l'économie du bien-être relient la théorie de l'équilibre général et l'optimalité parétienne. Ils donnent, sous des conditions restrictives, une validité à l'approche en termes de main invisible, c'est-à-dire de l'efficacité de la coordination des individus par le marché : Kornhauser fait ainsi remarquer que « *the crowning achievement of mathematical economics has been the derivation of those conditions under which productive efficiency implies allocative efficiency* »⁷⁰³. Il ne s'agira pas de présenter une preuve formelle de ces théorèmes⁷⁰⁴. Nous exposerons les deux théorèmes de l'économie du bien-être en insistant tout particulièrement sur le premier. Nous pourrions alors revenir sur l'idée de l'efficacité de l'allocation par le marché en présentant le raisonnement général permettant de caractériser l'efficacité de l'équilibre obtenu sur un marché, ce raisonnement étant parfois repris en analyse économique du droit⁷⁰⁵.

⁷⁰² Philippe de Villé, *Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions*, 1990, *Economie Appliquée*, tome 18, pp 9-34, p 12

⁷⁰³ Lewis Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, op cit, p 594

⁷⁰⁴ Pour une preuve formelle, on pourra se référer par exemple à Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, pp 549-558 ; Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, pp 93-95 ; Darell Duffie et Hugo Sonnenschein, *Arrow and General Equilibrium Theory*, 1989, *Journal of Economic Literature*, vol 27, pp 565-598, spécialement pp 577-581 ; voir aussi Gerard Debreu, *Theory of Value*, op cit, spécialement chapitre 6

⁷⁰⁵ Ce point sera plus clair lorsque nous nous pencherons sur le critère de la maximisation de la richesse proposé par Posner.

Schématiquement, il a été prouvé mathématiquement que : « (1) si chaque unité de production connaît les prix, sa propre technologie individuelle de production, et maximise ses propres profits aux prix en cours ; (2) si chaque consommateur connaît les prix, ses préférences individuelles, et maximise son utilité compte tenu des prix réels et de son revenu, et (3) si les prix sont tels que l'offre est égale à la demande et cela pour chaque bien, alors l'allocation des biens qui en résulte est efficace »⁷⁰⁶. Autrement dit, si les individus – consommateurs et producteurs – sont rationnels au sens néoclassique et si les marchés sont complets et en concurrence pure et parfaite, et qu'ils sont tous à l'équilibre (on parle alors d'équilibre walrasien)⁷⁰⁷, l'allocation des ressources est efficiente au sens de Pareto. Il s'agit du premier théorème de l'économie du bien-être. De même, tout optimum de Pareto est atteignable, théoriquement, en situation de concurrence pure et parfaite, moyennant une redistribution forfaitaire des dotations initiales, autrement dit le second théorème de l'économie du bien-être.

Le premier théorème est évidemment beaucoup plus important dans le cadre de l'analyse économique du droit qui postule, surtout pour la branche gravitant autour de l'école de Chicago, de l'efficacité des marchés. L'interprétation à donner à ce théorème est cependant plus complexe puisque rien ne prouve qu'il existe une tendance vers l'équilibre des marchés. Le fait qu'un tel équilibre existe et non qu'il est unique, stable ou réalisable⁷⁰⁸ a été démontré mathématiquement dans le cadre de l'économie néoclassique. Dès lors, le premier théorème de l'économie du bien-être ne signifie pas que l'allocation par le marché tend nécessairement vers une allocation efficiente des ressources mais que si les marchés sont à l'équilibre alors l'allocation des ressources est efficiente (on ne sait alors plus qui définit quoi).

Par ailleurs, les conditions d'existence de l'équilibre général présupposées par le modèle ne sont pas réalistes. Outre l'hypothèse de rationalité néoclassique⁷⁰⁹ sur laquelle la théorie repose, les idées de concurrence pure et parfaite ou de marchés complets sont irréalisables et délicates d'interprétation, même si la mathématisation rend certains points très clairs. D'autres hypothèses comme la nécessité de dotations initiales ou la préférence pour la diversité sont plus « acceptables ».

⁷⁰⁶ Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, p 84

⁷⁰⁷ Beaucoup d'auteurs critiquent ceci puisque cela suppose que les transactions ne peuvent survenir qu'une fois que l'équilibre est atteint... d'où l'idée d'une conception atemporelle du modèle de l'équilibre général.

⁷⁰⁸ Voir *infra* notre partie sur la question de la tendance vers l'équilibre. Voir en ce sens Philippe de Villé, *Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions*, op cit, spécialement pp 18-19 et pp 21-22

⁷⁰⁹ Dans ce cadre, l'hypothèse de convexité touchant les préférences est cruciale. Voir par exemple Bernard Salanié, *Microeconomics of Market Failures*, op cit, p 5 et pp 107-125

L'idée de marchés complets signifie trivialement qu'il existe un marché pour tous les biens dans toutes les situations possibles. Autrement dit ceci « *consists simply of assigning to each good at each date and in every state of the world a market and a price* »⁷¹⁰. Cette condition est évidemment irréaliste⁷¹¹, d'autant plus que les paramètres de temporalité ou d'états du monde peuvent être très largement interprétés. Par exemple, que signifie le « à toutes les dates » ? La structuration du temps doit nécessairement être précisée pour que la signification des « dates » ait un sens. Il en va de même pour les « états du monde ». Si les marchés sont incomplets, « *equilibrium can be efficient only in very exceptional cases* »⁷¹². Ceci ruine la portée normative de l'économie et donc de l'analyse économique du droit.

L'hypothèse de concurrence pure et parfaite⁷¹³ sous tendant le modèle de l'équilibre général est tout aussi irréaliste et irait même à l'encontre de l'idée de compétition⁷¹⁴ dans la mesure où la théorie est plus statique que dynamique et n'accepte pas les mécanismes comme la publicité, le marketing, etc. Schématiquement quatre conditions sont posées : l'atomicité, la libre entrée et la libre sortie du marché, l'homogénéité et l'information parfaite⁷¹⁵.

La condition d'atomicité signifie qu'il y a un grand nombre de producteurs et de consommateurs sur le marché, si bien qu'aucun d'eux ne peut avoir un impact sur les prix⁷¹⁶. Chacun est d'ailleurs supposé agir de façon indépendante. Le problème évident de cette hypothèse est qu'elle ne

⁷¹⁰ Bernard Salanié, *Microeconomics of Market Failures*, op cit, p 205

⁷¹¹ Ce que reconnaît d'ailleurs Arrow: Kenneth Arrow, Rationality of Self and Others in an Economic System, 1986, *The Journal of Business*, Vol 59, pp S385-S399, p S393

⁷¹² Bernard Salanié, *Microeconomics of Market Failures*, op cit, p 203

⁷¹³ Signalons que la notion de compétition a évolué et que les critères n'ont pas toujours été les mêmes. Voir en ce sens Georges Stigler, Perfect Competition Historically Contemplated, 1957, *Journal of Political Economy*, vol 65, pp 1-17. Signalons aussi qu'originellement il y avait une distinction entre la concurrence pure et la concurrence parfaite. Sur ce dernier point, voir, outre l'article précité de Stigler (qui critique d'ailleurs la distinction, p 15), Joan Robinson, What is perfect competition, 1934, *The Quarterly Journal of Economics*, vol 49, pp 104-120

⁷¹⁴ En ce sens, voir Friedrich Hayek, The Meaning of Competition, op cit.

⁷¹⁵ La présentation que nous faisons ici est une présentation littéraire. Techniquement, il s'agit de montrer que les agents économiques sont des preneurs de prix (il faudrait aussi ajouter qu'aucun échange ne se fait hors équilibre et que les prix des biens sont uniques, affichés et connus). Nous ne présenterons pas ici ces conditions dans le détail et notamment leur logique face à l'idée de compétition. Nous pourrions remarquer que parmi les recommandations formulées par l'analyse économique du droit, nous retrouvons des mécanismes visant à tendre vers la concurrence pure et parfaite. Pour de plus amples détails, voir par exemple : Edgar Browning et Mark Zupan, *Microeconomics, Theory and Applications*, 2002, John Wiley et Son, New York, 590 pages, pp 224-225 ; voir aussi (et surtout) Georges Stigler, Perfect Competition Historically Contemplated, op cit, notamment pp 11-14 (l'auteur revient sur la systématisation proposée par Frank Knight).

⁷¹⁶ Dans le modèle, le nombre de producteurs n'est pas illimité mais fixé.

permet pas de comprendre la formation des prix⁷¹⁷. Les producteurs et les vendeurs sont supposés être des « preneurs de prix » et n'avoir aucune influence sur eux (ou au moins croire qu'ils n'ont aucune influence) : les prix constituent pour eux de simples signaux (et comme ces signaux sont les mêmes pour l'ensemble des individus, la coordination est facilitée).

La condition d'homogénéité postule que les biens présents sur un marché sont homogènes, c'est-à-dire que tous les vendeurs vendent le même bien et qu'il n'est donc pas possible, a posteriori, de connaître la provenance d'un bien. Il existe donc un prix par bien et ce prix est supposé connu. La compétition ne joue donc que sur les prix, tous les biens d'un marché étant des substituts parfaits.

La condition de libre entrée et de libre sortie touche l'idée que lorsque les conditions du marché changent les différentes entreprises n'hésitent pas à sortir ou à entrer dans un marché. Comme cette entrée ou cette sortie se fait sans coût, cela oblige les entreprises à ne pas faire de profits « anormaux » en égalisant leur coût marginal et leur bénéfice marginal. Cette hypothèse prête encore à discussion chez les économistes. Les autrichiens considèrent ainsi qu'il n'existe pas de monopole en dehors des monopoles légaux.

L'information parfaite vise l'idée que les producteurs et les consommateurs sont rationnels au sens néoclassique et connaissent instantanément l'ensemble des possibilités qui s'offrent à eux et l'ensemble de la structure des prix dans une économie. L'idée est de permettre un ajustement rapide de la production ou de la consommation en fonction de la structure des prix⁷¹⁸.

Parfois s'ajoute l'idée que les facteurs de productions sont parfaitement mobiles (et même substituables) afin d'éviter des différences de rendement et de permettre une adaptation plus rapide aux modifications des conditions de marché⁷¹⁹.

Notons que, dans le cadre de la concurrence pure et parfaite, ce sont les prix qui vont permettre la coordination des individus et l'allocation efficiente des ressources (finalement ce ne sont pas les prix qui sont efficients mais l'allocation qui en découle). L'assimilation du droit à un système de prix n'est pas sans relation, nous y reviendrons, avec cette approche.

⁷¹⁷ Arrow est l'un des premiers à souligner ce problème : Kenneth Arrow, *Towards a Theory of Price Adjustment*, 1959, in Kenneth Arrow et Leonid Hurwicz, *Studies in Resource Allocation Processes*, [1977] 2007, Cambridge University Press, Cambridge, 576 pages, pp 380-392; voir aussi Philippe de Villé, *Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions*, op cit, spécialement p 22

⁷¹⁸ Même si l'économie moderne tient de plus en plus compte de l'information imparfaite, elle nous semble conserver un fond néoclassique. Elle utilise en effet les résultats de l'économie du bien-être tout en postulant des hypothèses qui sont incompatibles avec elle.

⁷¹⁹ En ce sens voir, Georges Stigler, *Perfect Competition Historically Contemplated*, op cit, pp 12-13

Si toutes les conditions de l'équilibre général sont remplies, l'allocation des ressources est Pareto optimale et il s'agit de l'optimum de premier rang. Si une des conditions n'est pas remplie⁷²⁰, l'optimum de premier rang n'est pas atteignable et on recherchera un optimum de second rang. La théorie de l'optimum de second rang n'est pas encore très présente en analyse économique du droit⁷²¹. Ses résultats sont pourtant tout à fait pertinents et même déroutants. Sans revenir sur l'ensemble de cette théorie qui relève essentiellement du domaine de l'économie, nous précisons certaines des implications de cette approche en terme d'optimum de second rang.

Le théorème de l'optimum de second rang précise que « *if there is introduced into a general equilibrium system a constraint which prevents the attainment of one of the paretian conditions, the other paretian conditions, although still attainable, are, in general, no longer desirable* »⁷²². Dès lors « *Specifically, it is not true that a situation in which more, but not all, of the optimum conditions are fulfilled is necessarily, or is even likely to be, superior to a situation in which fewer are fulfilled* »⁷²³. Comme le fait remarquer Markovits, ceci n'est pas sans remettre en cause l'approche standard en analyse économique du droit selon laquelle « *any policy of choice that reduces the number or magnitude of the Pareto imperfections in the economy will on that account increase « allocative efficiency » : because two Pareto imperfections can counteract each other, one cannot assume without further argument that a situation in which there are fewer or smaller Pareto imperfections will be more allocatively efficient than one in which there are more or larger Pareto imperfections* »⁷²⁴. Nous aurons l'occasion de revenir plus amplement sur la théorie de l'optimum de second rang lorsque nous nous intéresserons à la valeur épistémologique des critères d'efficience. A titre d'illustration, il est possible de penser à un Rubick's cube : construire une face modifie la configuration des autres faces et il est impossible de dire que la réalisation d'une seule face nous rapproche de la réalisation complète du cube. Autrement dit, dès lors qu'il existe une interdépendance entre les marchés, rien ne permet d'affirmer que la restauration de l'équilibre sur l'un d'eux conduira à une efficience globale plus importante.

⁷²⁰ Richard Markovits, Second Best Theory and Law & Economics: An Introduction, 1998, *Chicago Kent Law Review*, vol 73, pp 3-10, spécialement p 3 développe les 7 (et même les 8) conditions permettant d'atteindre une situation Pareto optimale : « (1) no monopoly, (2) no monopsony, (3) no externalities, (4) no taxes on the margin of income, (5) individual sovereignty, (6) no failures to maximize, and (7) no problems caused by consumer surplus or its analogue (usually misdescribed as « no public goods »). The eighth arguable condition is that no transaction costs need be incurred to fulfil the other seven conditions ».

⁷²¹ Certains auteurs se sont penchés sur la question: Richard Markovits, Second Best Theory and Law & Economics: An Introduction, op cit ; John Donohue III, Some Thoughts on Law and Economics and the general Theory of Second Best, 1998, *Chicago Kent Law Review*, vol 73, pp 257-266

⁷²² R.G. Lipsey et Kelvin Lancaster, The General Theory of Second Best, 1956, *The Review of Economic Studies*, vol 24, pp 11-32, p 11

⁷²³ R.G. Lipsey et Kelvin Lancaster, The General Theory of Second Best, op cit, p 12

⁷²⁴ Richard Markovits, Second Best Theory and Law & Economics: An Introduction, op cit, pp 3-4

Avant de conclure cette partie, nous reviendrons sur l'efficacité allocative d'un marché en situation d'équilibre, raisonnement qui se retrouve régulièrement en analyse économique du droit et qui est beaucoup plus courant que le raisonnement en termes d'équilibre général (qui sous tend pourtant une grande partie de l'analyse). Tout échange sur un marché entre agents rationnels entraîne une situation Pareto supérieure à la situation initiale, en l'absence d'externalités. Le raisonnement se fait en équilibre partiel et non en équilibre général. Les problèmes liés à ce type de raisonnement seront développés plus largement dans la seconde partie de cette thèse.

Dans cette approche, l'équilibre du marché résulte de l'offre et de la demande⁷²⁵. La courbe d'offre et la courbe de demande synthétisent l'offre et la demande sur un marché. A chaque prix possible, la courbe d'offre nous indique la quantité disponible (offerte) et la courbe de demande la quantité demandée.

La courbe d'offre est, en principe, strictement croissante : plus le prix augmente, plus la quantité proposée augmente. La courbe de demande est, en principe, strictement décroissante : plus le prix augmente, moins la quantité demandée est importante. Nous retrouvons ici la célèbre « loi de l'offre et de la demande ». Les deux courbes se croisent en un point caractérisant l'équilibre du marché.

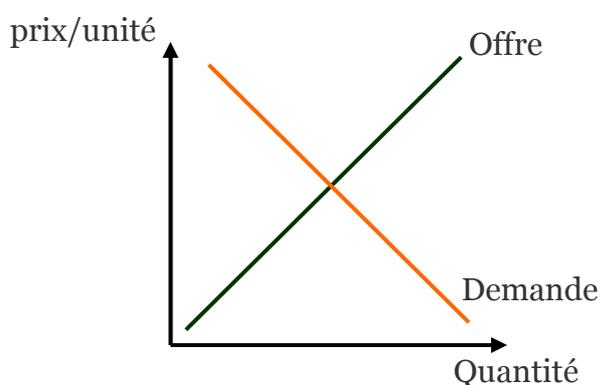


Figure 8. *Courbe d'offre et Courbe de demande*

Théoriquement, les prix (à travers les actions des agents) ont tendance à graviter autour de l'équilibre du marché. En effet, si la quantité offerte est supérieure à la quantité d'équilibre, les prix vont avoir tendance à diminuer puisque chaque compétiteur tentera de diminuer son prix afin d'écouler sa production (même s'il n'est pas censé avoir une influence sur les prix. Pour conserver l'hypothèse d'absence d'influence sur les prix, ce sera le nombre de demandeurs et

⁷²⁵ Notre présentation sera extrêmement sommaire. Pour plus de détails, il suffira de se reporter à l'importe quel ouvrage de microéconomie dont une large part est consacrée à la théorie de l'offre et de la demande. La théorie de l'offre et de la demande est présente dans la plupart des ouvrages traitant de l'analyse économique du droit.

d'offreurs qui s'adaptera). Si la quantité offerte est inférieure à la quantité d'équilibre, les producteurs pourront décider d'augmenter leurs prix, de nouveaux producteurs entreront alors sur le marché puisqu'il y aura des profits potentiels à réaliser.

Les pentes des courbes correspondent à ce que les économistes appellent l'élasticité, autrement dit la variation de la quantité demandée relativement à la variation du prix. Si lorsque le prix augmente la quantité demandée varie très peu, on dira que la demande est inélastique. Si la réaction est très importante, la demande sera considérée comme plus ou moins élastique.

L'idée d'efficacité réapparaît puisqu'il n'est pas efficace qu'un marché ne soit pas à l'équilibre : à l'équilibre, il n'existe pas de gaspillage (par définition même). Pour caractériser le bien-être dans le cadre du marché, les économistes font intervenir la notion de surplus qui correspond à la valeur que les agents obtiennent de la consommation d'un bien moins son coût de production⁷²⁶.

La valeur de la consommation correspond au prix maximum qu'un individu serait prêt à payer pour un bien. Cela ne signifie pas qu'il paiera effectivement ce prix, mais simplement qu'il est prêt à aller jusqu'à ce prix pour acquérir le bien. Le surplus du consommateur correspond à la différence entre le prix maximum qu'il est prêt à payer et le prix effectivement payé. Si par exemple, je suis prêt à payer 4 et que je paye 2, mon surplus est de 2. Sur la courbe de demande, le surplus du consommateur correspond à l'aire entre la courbe de demande et le prix payé.

Le surplus du producteur correspond, de façon similaire, à l'aire de la surface délimitée par la courbe d'offre et la droite d'ordonnée égale au prix payé. En effet, si le prix de marché est de 6, seuls les producteurs ayant la possibilité de produire des biens pour moins de 6 seront sur le marché. Si le prix augmente à 7, de nouveaux producteurs entreront sur le marché et les anciens producteurs gagneront 1 de surplus.

Au point d'équilibre le marché ne génère plus aucun surplus puisque le prix d'équilibre est atteint.

⁷²⁶ Voir par exemple, Louis Kaplow et Steven Shavell, *Microeconomics*, 2004, Thomson West Pub, Foundation Press, New York, 87 pages, p 23

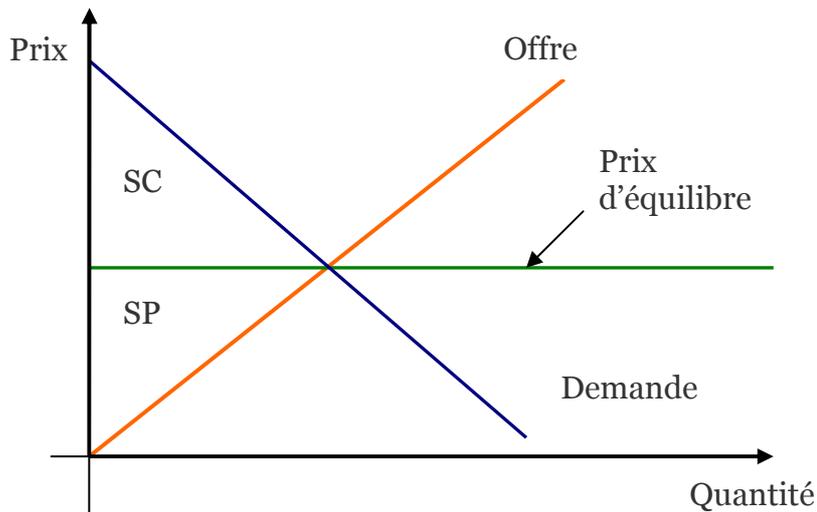


Figure 9. *Surplus du consommateur (SC) et Surplus du Producteur (SP)*

Le surplus total correspond à la somme du surplus du consommateur et du surplus du producteur. Lorsque le marché est à l'équilibre, ce surplus est maximum (il n'y a donc pas de gaspillage⁷²⁷) : l'allocation des ressources est efficiente. Toute intervention sur le marché ayant pour effet d'empêcher l'équilibre concurrentiel ne permettra pas une allocation optimale des ressources et ne sera pas efficiente dans la mesure où le surplus total ne sera pas maximisé.

Trois résultats ressortent de cette analyse⁷²⁸ :

1. Dans un marché en concurrence pure et parfaite, les biens produits seront alloués aux agents dont le prix maximum pour obtenir le bien est le plus élevé. Si tel n'est pas le cas, la situation n'est pas Pareto optimale puisque des réallocations permettant d'améliorer le bien-être des agents sont possibles.
2. Dans un marché en concurrence pure et parfaite, la demande de biens sera satisfaite par les vendeurs qui peuvent les produire à moindre coût. Si tel n'est pas le cas, il y aura un gaspillage des ressources et la situation ne sera pas Pareto optimale.
3. Dans un marché en concurrence pure et parfaite, la quantité de biens produits maximise le surplus total, autrement dit, le marché est à l'équilibre⁷²⁹.

⁷²⁷ Sauf si nous intégrons la logique du raisonnement en termes d'optimum de second rang.

⁷²⁸ Voir par exemple Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, op cit, pp 149-150. Ces résultats sont fondamentaux dans la mesure où, comme nous le verrons, Posner fonde son approche de la maximisation de la richesse sur ceux-ci.

⁷²⁹ Des nuances seront apportées dans la suite de nos développements.

Dans le cas où le bien n'est pas alloué à la personne dont le prix maximum d'acquisition est le plus élevé, une compensation permettant d'atteindre la Pareto optimalité est possible. Même si cette compensation n'est pas réalisée alors que l'allocation des ressources est modifiée (par exemple, on prend à A pour donner à B et B ne compense pas A), la situation reste efficiente au sens de Kaldor Hicks.

2. Le critère de Kaldor Hicks et l'analyse coûts-bénéfices

Le critère de Pareto est souvent peu adapté pour analyser l'efficacité des situations réelles dans la mesure où il est rare qu'une action ne conduise pas à des « gagnants » et à des « perdants ». Certains économistes ont alors proposé, dès la fin des années 1930, un concept différent : le critère de Kaldor Hicks⁷³⁰ (l'article de Kaldor étant antérieur à l'article de Hicks).

Pour Zerbe, l'objectif du critère de Kaldor-Hicks « *was to develop a welfare measure that was more broadly applicable than Pareto efficiency and that avoided interpersonal comparisons* »⁷³¹. C'est à partir de ce critère que se justifie, en partie, l'analyse coûts-bénéfices (supposée être une approximation du critère de Kaldor-Hicks), même si, et nous y reviendrons, les deux approches présentent des différences⁷³² et que l'analyse coûts-bénéfices tend à se justifier sur de nouvelles bases. Cette analyse se situe au fondement du raisonnement économique.

Nous commencerons par présenter le critère de Kaldor Hicks (a), avant de nous pencher sur l'extension de ce critère (ou plutôt sa réduction) via l'analyse coûts-bénéfices (b).

a. définition et analyse du critère de Kaldor Hicks

Une situation Y est supérieure, du point de vue du critère de Kaldor Hicks, à une situation X si les individus qui se trouvent mieux dans l'état Y peuvent « indemniser hypothétiquement », ceux qui sont moins bien dans l'état Y afin que, sur le plan du bien-être, ces derniers soient indifférents entre X et Y. Les gagnants doivent être capables d'indemniser les perdants tout en conservant une amélioration de leur bien-être. Supposons un état X dans lequel A gagne 100, B 100 et C 100. Si

⁷³⁰ Ce critère a été mis au point par deux économistes Kaldor et Hicks. Voir par exemple : Nicholas Kaldor, Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility, op cit; John Hicks, The Foundations of Welfare Economics, op cit; l'appellation en tant que telle se retrouve dès 1951 dans Kenneth Arrow, Little's Critique of Welfare Economics, 1951, *The American Economic Review*, vol 41, pp 923-934, p 928.

⁷³¹ Richard Zerbe, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 4

⁷³² Sur ce point, voir par exemple Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, 2006, Harvard University Press, Cambridge, 236 pages, p 21

l'état Y permet à A et B de gagner 200 mais que dans cet état C ne gagne plus que 90, A et B peuvent indemniser C afin qu'il soit dans le même état que dans l'état X ; Y est donc plus efficient, au sens du critère de Kaldor Hicks que X alors que Y n'est pas Pareto supérieur à X si aucune redistribution n'intervient. Une situation Y est efficiente du point de vue du critère de Kaldor Hicks s'il n'existe aucune redistribution des richesses permettant d'atteindre un état Kaldor Hicks supérieur⁷³³. Le coût de la redistribution reste souvent négligé.

D'une façon plus technique « *[t]he Kaldor test is passed if in the new state, redistributions are possible that would create a state Pareto superior to the original state. The Hicks test is that there exist no redistributions in the original state that would produce a situation Pareto superior to the new state* »⁷³⁴. Le test de Kaldor s'effectue du point de vue des gagnants : une situation est efficiente si les gagnants peuvent indemniser les perdants tout en conservant du bien-être (la réallocation au sein du nouvel état est comparée à la situation de l'ancien état)⁷³⁵. Le test de Hicks s'effectue du point de vue des perdants : une situation est efficiente si les perdants ne peuvent pas indemniser suffisamment les gagnants de façon à ce qu'ils renoncent au changement de situation (la réallocation au sein du même état est comparée à la nouvelle situation). Le test de Kaldor Hicks fait donc simplement intervenir la possibilité d'une compensation conduisant à une situation Pareto efficiente. Lorsque les économistes évoquent le critère de Kaldor Hicks, ils font référence, techniquement, au critère de Kaldor⁷³⁶. Nous retiendrons ici l'approche standard car c'est celle qui est utilisée le plus généralement en analyse économique du droit. La combinaison des deux tests est connue sous

⁷³³ Kornhauser formule ce critère d'une façon légèrement différente (Lewis Kornhauser, *Legal Foundations of Economic Analysis of Law*, 2007, exemplaire privé (ouvrage à paraître), 176 pages, p 130) : « *Consider some distribution W of goods among a population. This distribution provides a complete description of the state. A second distribution V is Kaldor Hicks (K-H) superior to W if there exists a redistribution V' of the goods available in V such that V' is Pareto superior to W; that is, at least one person prefers V' to W and no one prefers W to V'* ». Nous retrouvons ici notre définition: V' correspond à la réalisation de l'indemnisation hypothétique suite au passage de W à V. Cette définition a cependant l'avantage de lier l'idée de l'efficacité au sens de Pareto et au sens de Kaldor Hicks.

⁷³⁴ Richard Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 5; cette approche est techniquement la plus précise même si la distinction entre les deux tests est rarement effectuée en pratique. La réunion de ces deux tests correspond au critère de Scitovsky qui permet d'éviter que le paradoxe formulé par Scitovsky ne se présente. Il semblerait que la distinction entre les deux tests ne fasse pas partie des articles de 1939 mais que le test de Hicks apparaisse dans des articles postérieurs (du moins, rien n'indique une véritable distinction entre les deux critères dans les articles de 1939).

⁷³⁵ Voir sur ce point : Nicholas Kaldor, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility*, op cit, p 550

⁷³⁶ Matthew Alder et Eric Posner, *Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences are Distorted*, in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, University of Chicago Press, Chicago, 351 pages, pp 269-311, pp 272-273, spécialement la note de bas de page n°2.

l'appellation de critère de Scitovsky (ou de Kaldor Hicks Scitovsky) de façon à éviter le paradoxe du même nom⁷³⁷ (*infra*).

Dans le cadre de ce critère, la compensation n'est qu'hypothétique puisque si elle était effectuée, la situation serait Pareto supérieure. L'idée reste finalement de maximiser le « bien-être » total dans une société. Kaldor fait remarquer que « *There is no need for the economist to prove – as indeed he never could prove – that as a result of the adoption of a certain measure nobody in the community is going to suffer. In order to establish his case, it is quite sufficient for him to show that even if all those who suffer as a result are fully compensated for their loss, the rest of the community will still be better off than before* »⁷³⁸. Hicks exprime une idée similaire en ce qui concerne la désirabilité d'une politique « *Every simple economic reform inflicts a loss upon some people; the reforms we have studied are marked out by the characteristic that they will allow of compensation to balance that loss, and they will still show a net advantage* »⁷³⁹. Cette justification ne fait cependant pas l'unanimité, notamment lorsque la compensation est impossible à réaliser. Le critère se justifie essentiellement par rapport au critère de Pareto et effectuée, lorsque le problème de la compensation n'est plus posé, un saut théorique non négligeable.

Ce critère sépare clairement la question de l'efficacité de l'allocation des ressources et celle de la répartition « équitable » des ressources⁷⁴⁰. Pour Kaldor, il s'agit, comme pour Robbins dont il partage l'opinion, d'assurer une certaine scientificité de l'analyse économique : il ne serait pas possible, sur des bases scientifiques, « *to decide on economic grounds what particular pattern of income distribution maximizes social welfare* »⁷⁴¹. L'auteur ne nie cependant pas que la répartition des richesses est importante pour le bien-être des individus, il signale seulement que le raisonnement se fait en deux étapes : l'accroissement global du bien-être social et la répartition des richesses⁷⁴². Cette idée est reprise par la métaphore plus triviale de la tarte : l'efficacité vise la maximisation de la taille de la tarte, la question du partage vient ensuite, et se situerait au-delà de la simple logique économique.

Afin que ce critère puisse être pertinent, du point de vue technique, il doit présenter une certaine cohérence avec le critère de Pareto : si un état du monde est Pareto supérieur à un autre, il doit aussi être Kaldor Hicks supérieur. De même, le critère de Kaldor Hicks doit permettre de classer

⁷³⁷ Par exemple, nous retrouvons l'appellation de critère de Scitovsky dans Richard Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 9.

⁷³⁸ Nicholas Kaldor, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility*, op cit, p 550

⁷³⁹ John Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, op cit, p 711

⁷⁴⁰ Point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir

⁷⁴¹ Nicholas Kaldor, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility*, op cit, p 551

⁷⁴² Nicholas Kaldor, *Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility*, op cit, p 551

d'une façon cohérente les états du monde qui n'étaient pas comparables avec le critère de Pareto. On doit retrouver l'idée de transitivité et la possibilité de classement des différents états du monde.

Si un état X est Pareto supérieur à un état Y, cet état est aussi Kaldor-Hicks supérieur. En effet, dans l'état X, aucune compensation n'est nécessaire puisque le passage de X à Y ne diminue pas le bien-être d'un seul individu. Dès lors, l'état X est Kaldor Hicks supérieur à l'état Y puisque les individus qui se trouvent mieux dans l'état X (tous les individus) peuvent indemniser hypothétiquement les individus qui se trouvent moins bien dans l'état X (donc aucun individu) de façon à ce qu'ils soient aussi bien que dans l'état Y.

Si deux états sont optimaux au regard du critère de Pareto, est-il possible de les comparer à l'aide du critère de Kaldor-Hicks ? La réponse est négative. En effet, comme le fait remarquer Kornhauser : « *By definition, there is no reallocation V' of the goods available in V that is Pareto preferred to W ; similarly, there is no reallocation W' of the goods available in W that is Pareto preferred to V »⁷⁴³, les deux états ne sont donc pas comparables.*

Si aucun des états à comparer n'est Pareto efficient (et sans que l'un soit Pareto supérieur à l'autre), tout se complexifie dans la mesure où il est possible, dans quelques rares cas, de se retrouver face au paradoxe de Scitovsky⁷⁴⁴. Ce paradoxe signifie qu'on ne retrouve pas toujours une transitivité dans les états du monde : A peut être Kaldor Hicks supérieur à B et une fois atteint l'état A, B peut être Kaldor Hicks supérieur à A.

Supposons qu'une mesure passe le test de Kaldor (les gagnants peuvent compenser hypothétiquement les perdants si on passe de l'état A à l'état B) mais ne passe pas le test de Hicks (il est donc possible de réallouer les ressources de l'état initial de telle manière que les individus préfèrent unanimement l'état initial A à l'état nouveau B). Dans ce cas, le passage de A à B peut sembler efficient (selon le seul critère de Kaldor) puisque les gagnants peuvent compenser les perdants. Néanmoins, une fois dans l'état B, le passage vers l'état A est lui aussi efficient (selon le seul critère de Kaldor) puisqu'il est possible de réallouer les ressources de l'état A de manière à ce que cette nouvelle situation soit Pareto supérieure à l'état B. Se limiter à un seul test peut engendrer des résultats incohérents dans le classement des états du monde puisque dans

⁷⁴³ Lewis Kornhauser, *Legal Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 133; nous avons expliqué la notation utilisée par cet auteur dans une note précédente.

⁷⁴⁴ Tibor Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics, 1941, *The Review of Economic Studies*, vol 9, pp 77-88 (étonnamment il semblerait qu'il y ait eu une erreur dans la typographie du nom de l'auteur dans cet article puisqu'il est signé par T. De Scitovszky, l'auteur lui-même mentionnant son article par Tibor Scitovsky, *The State of Welfare Economics*, op cit, p 310); voir aussi J de V Graff, On Optimum Tariff Structures, 1949, *Review of Economic Studies*, vol 17, pp 47-59.

l'exemple que nous avons pris A est supérieur à B qui lui-même est supérieur à A⁷⁴⁵. Comme le fait remarquer Zerbe, « *to fail the Hicks test, in considering a move from the status quo to a new position, means that the reverse move, from the new position to the original status quo, will pass the Kaldor test* »⁷⁴⁶.

La méthode à suivre pour éviter ce genre de complexification est fournie par Scitovsky : « *We must first see whether it is possible in the new situation so to redistribute income as to make everybody better off than he was in the initial situation ; secondly, we must see whether starting from the initial situation it is not possible by a mere redistribution of income to reach a position superior to the new situation, again from everybody's point of view. If the first is possible and the second impossible, we shall say that the new situation is better than the old was. If the first is impossible but the second possible, we shall say that the new situation is worse; whereas if both are possible or both are impossible, we shall refrain from making a welfare proposition* »⁷⁴⁷. Autrement dit, il est nécessaire de combiner les deux tests et donc de ne pas s'en tenir à un seul pour qualifier un état d'efficient. L'oubli du paradoxe de Scitovsky et de la distinction entre les deux tests peut donc être à l'origine de profondes difficultés. Remarquons que le critère de Kaldor Hicks Scitovsky n'est pas nécessairement plus pertinent que le critère de Kaldor Hicks dans la mesure où celui-ci ne permet pas de comparer toutes les situations deux à deux (comme le fait d'ailleurs remarquer Scitovsky dans la citation que nous venons de faire).

Les critiques du critère de Kaldor Hicks formulées par les économistes n'ont pas empêché de retenir celui-ci comme un critère central de l'analyse économique du droit. Les raisons de ce choix seront explicitées par la suite.

b. extension du critère à l'analyse coûts-bénéfices

Si le critère de Kaldor Hicks est retenu comme un critère pertinent, il pourrait justifier l'utilisation de l'analyse coûts-bénéfices (voire entraîner une quasi assimilation entre les deux termes)⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ Richard Zerbe montre que ce genre de situation n'arrive que si nous comparons des situations correspondant à des optima de second rang et si nous restons à l'idée de compensation potentielle (et non réelle). La démonstration du problème est pour nous moins intéressante que sa solution, nous ne reviendrons donc pas sur la technicité de son argumentation (même si nous aurons l'occasion de revenir sur certains des points soulevés par l'auteur : Richard Zerbe, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, pp 54-63, spécialement p 63).

⁷⁴⁶ Richard Zerbe, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 55

⁷⁴⁷ Tibor Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics, op cit, pp 86-87

⁷⁴⁸ Richard Posner note ainsi que « *The term cost benefit analysis has a variety of meaning and uses. At the highest level of generality [...] it is virtually synonymous with welfare economics [...]. At the other end of the scale of generality, the term denotes the use of the Kaldor Hicks [...] concept of efficiency to evaluate government projects* ». Richard Posner, Cost benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers, in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, op cit, pp 317-341, p 317

Certains auteurs font d'ailleurs remarquer que beaucoup considèrent l'analyse coûts-bénéfices comme une mise en œuvre particulière du critère de Kaldor Hicks⁷⁴⁹. L'analyse coûts-bénéfices, assez intuitive dans son principe, diffère de ce critère dans la mesure où elle réduit l'idée de gains et de pertes d'utilité à des considérations purement monétaires (au risque de réduire l'utilité à de la monnaie) alors que le critère de Kaldor Hicks utilise une approche plus large⁷⁵⁰ en n'évoquant que l'idée « vague » de compensation qui touche, elle, des niveaux d'utilité⁷⁵¹. L'analyse coûts-bénéfices rend plus malléable le critère de Kaldor Hicks puisque le test est réalisé grâce à une évaluation monétaire des préférences (ce qui n'est pas sans poser de difficultés en raison de l'impossible comparaisons interpersonnelles d'utilité) : « *In simple terms, CBA is a device for converting the utility losses and gains from a project or regulation into dollar values and aggregation* »⁷⁵². Finalement tous les problèmes sont réduits à des considérations monétaires ou « monétisables ».

Il suffit que les bénéfices d'une réglementation (ou d'une action) dépassent ses coûts pour qu'il soit possible de considérer que la mesure est une mesure améliorant le « bien-être ». Cette justification se réalise sur les mêmes bases que la justification du critère de Kaldor Hicks, à savoir l'existence d'une situation potentiellement Pareto supérieure, ou, plus exceptionnellement, sur la valeur « intrinsèque » du critère de Kaldor Hicks.

Afin de pouvoir réaliser une analyse coûts-bénéfices, on utilise en principe les « *compensating variations* »⁷⁵³ (ou CV). Celles-ci correspondent à « *the amount that would make her as well off as she would be in the status quo – based on her actual preferences* »⁷⁵⁴; autrement dit au montant que les individus sont prêts à payer (ce montant pouvant être négatif) pour que le changement d'état se produise (on suppose donc, implicitement au moins, un droit au statu quo)⁷⁵⁵. Si par exemple un individu gagne 100 dans l'état A et 200 dans l'état B, sa CV correspond à « +100 » dans la mesure où il est possible de prendre 100 à l'individu dans l'état B sans que son bien-être ne soit réduit par rapport à l'état A. En revanche, si une personne gagne 50 dans l'état A et 40 dans l'état B, sa CV correspond à « -10 » puisqu'il faudrait donner de l'argent à l'individu dans l'état B pour qu'il soit

⁷⁴⁹ Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, op cit, p 25 précise que cette défense est la défense traditionnelle... ce qui ne signifie pas qu'elle soit parfaitement pertinente; voir aussi Matthew Alder et Eric Posner, *Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences are Distorted*, op cit, pp 272-280

⁷⁵⁰ Par exemple, Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, op cit, p 21

⁷⁵¹ Ce saut est fondamental pour analyser la signification normative d'une telle règle.

⁷⁵² Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, op cit, p 13

⁷⁵³ Les notions de *compensating variations* et de *equivalent variations* ont été développées par John Hicks, *Value and Capital*, op cit

⁷⁵⁴ Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, op cit, p 13

⁷⁵⁵ En effet, il faut justifier le changement d'état à partir du statu quo, il n'existe donc pas de droit au changement.

aussi bien que dans l'état A. Si la somme des CV est positive, la situation est considérée comme Kaldor Hicks supérieure (en fait, techniquement, elle passe le test de Kaldor⁷⁵⁶) puisqu'il est possible, hypothétiquement, de compenser financièrement les perdants. La seule utilisation des CV n'est pas sans entraîner des difficultés et potentiellement des situations du type du paradoxe de Scitovsky. Comme le fait remarquer Boadway : « *The analysis of this paper has shown that this rationale for ignoring distributional effects is not generally valid. That is, obtaining a positive change in aggregate consumers' and producers' surplus is neither a necessary nor a sufficient condition for the satisfaction of a compensation test which involves the hypothetical payment of monetary compensation from the gainers to the losers* »⁷⁵⁷. Finalement, l'analyse coûts-bénéfices peut s'avérer encore plus incertaine que l'approche de Kaldor Hicks car des inconsistances peuvent apparaître alors même qu'elles n'auraient pas pu survenir avec l'ancienne méthode. Il n'est pas suffisant que la somme des CV soit positive pour être certain d'être en présence d'une situation potentiellement Pareto supérieure⁷⁵⁸.

On retrouve aussi, plus rarement, les mesures en termes de « *equivalent variations* » (ou EV). Elles visent le montant (ce montant pouvant être négatif) que les individus sont prêts à payer pour que le changement d'état ne se produise pas. Si la somme des EV est positive, le changement ne sera pas désirable.

Comme le fait remarquer Zerbe « *Hicks adopted these measures to make welfare change measurable and to furnish measures to use in KH tests* »⁷⁵⁹. Nous retrouvons le lien entre le test de Kaldor Hicks et l'analyse coûts-bénéfices (qui n'apparaît alors que comme une forme de Kaldor Hicks monétisé) puisque ces mesures sont utilisées dans l'analyse coûts-bénéfices (et notamment la CV).

Les CV et les EV se rapprochent de l'idée de « *willingness to pay (WTP)* » (combien les individus sont-ils prêts à payer pour obtenir quelque chose ?) et de « *willingness to accept (WTA)* » (combien un individu qui possède quelque chose est-il prêt à accepter pour se séparer de cette chose ?). Nous avons pu remarquer, qu'expérimentalement, ces deux mesures ne coïncident pas puisque

⁷⁵⁶ En fait, pour que le test soit effectivement valable, il faudrait que l'utilité marginale puisse changer avec les variations de prix et non avec les variations de revenus. Richard Zerbe, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 10

⁷⁵⁷ Robin Boadway, *The Welfare Foundations of Cost Benefit Analysis*, 1974, *The Economic Journal*, vol 84, pp 926-939, p 938; Plus généralement, Boadway montre que des problèmes de réversibilité peuvent apparaître lorsque les états sont Pareto efficaces (non uniquement lorsqu'il s'agit de situations non optimales comme dans le paradoxe de Scitovsky).

⁷⁵⁸ Plus généralement, sur les problèmes liés à l'utilisation de la somme des CV afin d'évaluer la désirabilité d'un état, voir, Charles Blackorby et David Donaldson, *A Review Article: The Case Against the Use of the Sum Compensating Variations in Cost Benefit Analysis*, 1990, *The Canadian Journal of Economics*, vol 23, pp 471-494. Ces problèmes sont rarement présentés en analyse économique du droit dans la mesure où certains problèmes identifiés peuvent apparaître plus techniques que réels. Néanmoins, afin d'évaluer la réelle valeur de ce type d'analyse, il est fondamental de connaître l'existence de tels problèmes.

⁷⁵⁹ Richard Zerbe, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 7

les individus ont tendance à évaluer différemment les biens de leur patrimoine et les biens qui n'y sont pas (autrement dit la WTA est en générale supérieure à la WTP)⁷⁶⁰. Ceci n'est évidemment pas sans effet sur les résultats des calculs⁷⁶¹ et peut être à l'origine d'une réversibilité dans le classement des états du monde du même type que le paradoxe de Scitovsky. Plus globalement ces mesures ne sont pas exemptes de l'influence des biais cognitifs et du modèle de rationalité adopté. Les CV correspondent à la somme des WTP pour les changements positifs plus la somme des WTA pour les changements négatifs. Les EV correspondent à la somme des WTA pour les changements positifs plus la somme des WTP pour les changements négatifs⁷⁶². En analyse coûts-bénéfices, l'accent est mis sur les CV et non sur les EV puisqu'on considère qu'il faut une justification pour changer d'état et non une justification pour ne pas le faire.

Une fois de plus, l'efficacité résulte de la conséquence de l'action et seule semble compter cette dernière. Cette approche est donc, comme le critère de Kaldor Hicks ou le critère de Pareto, conséquentialiste et repose, en partie, sur l'hypothèse de rationalité économique des agents. Par ailleurs, comme le fait remarquer Sen, il impose une explicitation des valeurs retenues lors des choix. Cette insistance serait liée à l'accent mis par l'analyse économique et l'analyse économique du droit sur les procédures rationnelles ou rationalistes⁷⁶³. Ces valeurs sont censées pouvoir être agrégées. Nous retrouvons l'idée « d'aplatissement » du monde ou d'unidimensionnalité : *seule compte la mesure économique et les coûts et les bénéfices peuvent se compenser quelle que soit leur nature*.

L'analyse coûts-bénéfices constitue plus une approche qu'une méthode⁷⁶⁴, car elle conduit, avant tout, à un principe de solution. Les éléments à faire entrer dans le calcul ne sont pas fournis : il s'agit à la fois d'une approche permettant (1) d'aborder le problème en identifiant des paramètres et (2) de solutionner le problème en utilisant les paramètres fournis. Nous ne reviendrons pas ici sur les difficultés techniques liées à la mise en œuvre de ce type d'analyse comme, par exemple, le problème de l'incommensurabilité ou encore les questions éthiques sous-tendant l'analyse.

⁷⁶⁰ voir notre point sur le *endowment effect*.

⁷⁶¹ voir par exemple, Richard Zerbo, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, pp 41-46

⁷⁶² Richard Zerbo, *Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 7

⁷⁶³ Amartya Sen, The Discipline of Cost Benefit Analysis, in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, op cit, pp 95-116, p 99. Nous ne critiquerons pas ici les différentes suppositions d'une analyse coûts-bénéfices. Cette analyse sera réalisée essentiellement dans la seconde partie de notre thèse. Notons cependant que chaque supposition n'est pas exempte de problèmes. De même, l'analyse rationnelle ne peut expliquer sa rationalité, elle ne fait que la poser ou la définir.

⁷⁶⁴ Amartya Sen, The Discipline of Cost Benefit Analysis, spécialement p 114

Cette approche n'est pas sans rappeler la logique de la rationalité individuelle. Finalement l'individu, lorsqu'il fait des choix, évalue les coûts et les bénéfices de ses actions avant de choisir l'action qui maximise son bénéfice net compte tenu de ses contraintes. Ce type d'analyse laisse supposer que la société toute entière est réductible à une sorte d'individu « sociétal » rationnel qui prendrait ses décisions sur la base d'une rationalité qui ne serait pas fondamentalement différente de la rationalité individuelle (ce qui n'est pas sans conduire à négliger la liberté et les droits des individus⁷⁶⁵).

3. Le critère de Posner : la maximisation de la richesse

Richard Posner a proposé, dès les années 1980, un critère d'efficacité pour l'analyse économique du droit : la maximisation de la richesse (*Wealth Maximization*)⁷⁶⁶. Nous ne nous pencherons pas ici sur la très vaste littérature consacrée à la critique de cette norme d'efficacité⁷⁶⁷. Nous souhaitons simplement la présenter (a) en la comparant avec les critères d'efficacité retenus en analyse économique (b). Nous examinerons ainsi si, comme le pense Posner, le critère de la maximisation de la richesse est assimilable au critère de Kaldor Hicks⁷⁶⁸. Remarquons dès à présent que Posner ne mentionne pas, à notre connaissance, les problèmes de réversibilités avancés pour critiquer le critère de Kaldor Hicks⁷⁶⁹.

⁷⁶⁵ À supposer qu'ils en aient ; Amartya Sen, *The Discipline of Cost Benefit Analysis*, op cit, pp 108-109. Plus globalement, cette analyse est beaucoup plus « socialiste » qu'on ne pourrait le croire au premier abord.

⁷⁶⁶ Ce critère apparaît pour la première fois en 1979 et sera « révisé » par la suite. Voir par exemple, Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 1979, *Journal of Legal Studies*, vol 8, pp 103-140; Richard Posner, *The Ethical and the Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 1980, op cit; Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, 1985, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol 2, pp 85-105. Plus généralement, on pourra se reporter à Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit.

⁷⁶⁷ Nous y reviendrons en partie lorsque nous analyserons le statut épistémologique de ces critères d'efficacité et lorsque nous analyserons la possibilité de la transposition de la structure de l'analyse économique à l'analyse des phénomènes juridiques.

⁷⁶⁸ Voir par exemple, Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, pp 91-92

⁷⁶⁹ Pour Peter Hammond (Peter Hammond, *The Economics of Justice and the Criterion of Wealth Maximization*, 1982, *Yale Law Journal*, vol 91, pp 1493-1507, spécialement p 1496) Posner ferait référence à ces problèmes de façon implicite et jugerait finalement que le problème est exagéré (sur ce point, voir par exemple, Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 111 ; la partie vise à critiquer Dworkin et non à justifier son critère au regard des connaissances économiques de l'époque).

a. Présentation du critère proposé par Posner

Pour Posner, son critère correspond à un utilitarisme contraint⁷⁷⁰. Cet utilitarisme reconnaît les idées d'autonomie et de consentement, contrairement à l'utilitarisme classique, tout en acceptant la notion d'utilité. Il se situerait à mi chemin entre l'utilitarisme pur et la Pareto supériorité⁷⁷¹. Posner tente d'en éviter les difficultés en proposant un critère susceptible de résister à ses critiques classiques, comme l'impossible mesure objective de l'utilité ou encore le danger d'un fanatisme utilitariste (si l'utilité d'un bourreau est supérieure à la perte d'utilité de sa victime, la torture pourrait se justifier)⁷⁷². Comme le fait remarquer Weinrib : « *Posner's concern is not only to supply an independent justification of his own approach, but also to disengage his economic analysis from, and show its superiority to, the theory of utilitarianism* »⁷⁷³.

Le critère de la maximisation de la richesse n'utilise pas le critère de l'utilité (au sens des utilitaristes) comme élément central de l'analyse mais celui d'une richesse entendue en termes monétaires (ce qui oblige à considérer, puisque la maximisation de l'utilité est supposée être un utilitarisme contraint, que la richesse est une sorte de proxy à l'utilité). La richesse est définie par Posner comme : « *the value in dollars or dollar equivalents (an important qualification, as we are about to see) of everything in society. It is measured by what people are willing to pay for something or, if they already own it, what they demand in money to give it up* »⁷⁷⁴. La richesse d'une société correspondrait, quant à elle, non seulement à la valeur de marché mais aussi au « *total consumer and producer surplus generated by those goods and services* »⁷⁷⁵. Pour Posner, du moins dans ses derniers articles sur le sujet, ceci reviendrait au concept d'utilité utilisée en économie⁷⁷⁶.

Nous retrouvons ici les WTP et WTA, mais aussi la notion de surplus du consommateur et du producteur mentionnée lors de notre présentation de l'analyse coûts-bénéfices et dans la justification de l'économie de marché. Ces éléments permettraient d'évaluer la force des préférences d'un individu⁷⁷⁷ : ainsi, par exemple, plus un individu est susceptible de tirer de

⁷⁷⁰ Richard Posner, *The Ethical and the Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, op cit, p 497

⁷⁷¹ Anthony Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 227-242, p 228, l'auteur ira même jusqu'à affirmer que « *wealth maximization exhibits the vices of both and the virtues of neither* ».

⁷⁷² Ceci ressort clairement de la structure de la première partie de l'ouvrage de Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit

⁷⁷³ Ernest Weinrib, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 1980, *The University of Toronto Law Journal*, vol 30, pp 307-332, spécialement p 308. Nous montrerons cependant que les critiques adressées à l'utilitarisme retombent sur Posner.

⁷⁷⁴ Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op cit, p 119

⁷⁷⁵ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 60

⁷⁷⁶ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 87

⁷⁷⁷ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 86

l'utilité de tel ou tel bien ou service, plus il sera prêt à payer cher pour l'obtenir (WTP) ou à le vendre cher (WTA). L'échange – entre individus rationnels – conduit alors à une augmentation de la richesse⁷⁷⁸ puisque, logiquement, la WTP est supérieure à la WTA lors d'un échange ne produisant pas d'externalité. Il serait aussi possible d'ajouter que l'échange est supposé, par définition, améliorer le bien-être puisque des préférences sont satisfaites. Passer par le concept de richesse serait un moyen de contourner le problème de la comparaison interpersonnelle des utilités et expliquerait le rejet du critère du « bonheur »⁷⁷⁹. Il ne s'agit alors que d'un « proxy » aidant à la prise de décision.

Posner ne limite pas la notion de richesse aux seuls biens et services se trouvant dans un marché explicite (ce que laisserait croire la nécessité d'une évaluation monétaire et ce qui conduirait à calculer la richesse du pays à l'aide d'indicateurs comme le PIB ou le PNB). Le marché peut être simplement implicite (aucun échange de monnaie ne se réalise). Posner note d'ailleurs que « *Even today, much of economic life is organized on barter principles; the "marriage market," child rearing, and a friendly game of bridge are some examples. These services have value which could be monetized by reference to substitute services sold in explicit markets or in other ways. They illustrate the important point that wealth cannot be equated to GNP or any other actual pecuniary measure of welfare* »⁷⁸⁰. Posner ajoute un troisième marché : les marchés hypothétiques qui correspondent aux situations dans lesquelles les individus ne peuvent pas échanger en raison des coûts de transaction trop élevés (ces marchés sont particulièrement présents en droit). Dans un tel cas, il faudra rechercher ce que les individus auraient fait si l'échange avait été possible⁷⁸¹ (ce qui n'est pas sans entraîner des difficultés épistémologiques extrêmes puisque ce type de marché n'existe pas). Les deux premiers types de marché (marchés explicites et marchés implicites) sont des marchés qui existent, au moins théoriquement, dans le monde réel. La logique proposée par Posner est d'attribuer les biens, les services ou les droits à la personne pour qui ils ont le plus de valeur mais aussi de développer la création de richesse en tant que telle. Comme le note parfaitement Schroeder, « *to maximize wealth is to achieve market perfection* »⁷⁸². Les outils utilisés seront donc ceux de l'analyse en équilibre partiel⁷⁸³.

⁷⁷⁸ Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op cit, p 120

⁷⁷⁹ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 88

⁷⁸⁰ Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op cit, p 120

⁷⁸¹ Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op cit, p 120

⁷⁸² Jeanne Schroeder, *The Midas Touch: The Lethal Effect of Wealth Maximization*, p 694. Le paradoxe est aussi celui de l'équilibre général qui n'inclut aucune dynamique des marchés dans le modèle théorique.

Si une situation est efficiente du point de vue du critère de la maximisation de la richesse, elle ne l'est pas nécessairement du point de vue de l'efficacité productive. « *Only in a perfectly competitive economy will the wealth maximizing state be productively efficient* »⁷⁸⁴. En effet, la baisse de quantité est susceptible de faire augmenter les prix et cette augmentation des prix peut conduire une firme à réduire volontairement sa production afin d'augmenter son profit. Posner semble ignorer très largement ce point en se plaçant directement dans le cadre de l'économie néoclassique et de la concurrence pure et parfaite.

Logiquement, l'absence d'un marché explicite n'empêche pas (même si elle rend la chose plus complexe, mais moins délicate que la mesure de l'utilité) de calculer la valeur d'un bien ou d'un service. Même lorsque le marché existe, le choix de retenir la WTP et la WTA laisse penser que la richesse n'est pas évaluée en fonction du prix de marché (ou simplement en fonction de celui-ci). Posner indique à ce sujet que « *As a matter of fact, the value of houses and cars is not always reducible to market values* »⁷⁸⁵. En retenant le critère de maximisation de la richesse, la problématique de l'objectivité de la mesure de valeurs subjectives comme la WTP ou la WTA refait surface et il n'est dès lors pas certain que ce critère permette réellement de dépasser en précision les critères retenus par l'utilitarisme classique.

La richesse ne signifie pas le bien-être ou le bonheur, ce dont Posner a parfaitement conscience : « *wealth maximization cannot be considered just a proxy for welfare maximization* »⁷⁸⁶ ; « *wealth is not just another name for happiness, and it surely is not* »⁷⁸⁷. Néanmoins, le concept de maximisation de la richesse reste lié à celui d'utilité et in fine de bonheur « *happiness is one of the ultimate goods to which wealth maximization is conducive* »⁷⁸⁸, ou encore « *wealth and happiness are positively correlated* »⁷⁸⁹. Il est regrettable qu'en faisant de la richesse un proxy pour le bonheur, Posner en vienne, dans ses premiers écrits, à valoriser la richesse en tant que telle, autrement dit à valoriser le moyen et non

⁷⁸³ Richard Posner utilise beaucoup les graphiques du type offre / demande dans ses réflexions et notamment dans Richard Posner, *Economics Analysis of Law*, 6e, op cit. Le problème du raisonnement en équilibre partiel est matérialisé par le théorème de Lisey Lancaster (infra).

⁷⁸⁴ Lewis Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, op cit, p 597.

⁷⁸⁵ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 86

⁷⁸⁶ Richard Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, op cit, p 122

⁷⁸⁷ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 65

⁷⁸⁸ Richard Posner, *The Value of Wealth : A Comment on Dworkin and Kronman*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 243-252, p 245

⁷⁸⁹ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 88

la fin⁷⁹⁰. Il confirme, de façon amusante, le passage au « capitalisme » tel que Marx le comprenait : les biens ne sont plus échangés pour obtenir d'autres biens, seul l'argent est échangé pour obtenir plus d'argent, le moyen se transforme en fin ultime. La défense de l'existence d'un tel proxy est, pour Posner, pragmatique : « *We look around the world and see that in general people who live in societies in which markets are allowed to function more or less freely not only are wealthier than people in other societies but have more political rights, more liberty and dignity, are more content (as evidenced, for example, by their being less prone to emigrate) – so that wealth maximization may be the most direct route to a variety of moral ends* »⁷⁹¹.

Une fois de plus, le critère d'efficacité découple l'idée de maximisation et celle de l'équité de la répartition⁷⁹². Il suffit, dans le cadre du critère de Posner, que la quantité de richesses soit maximisée pour qu'une situation soit efficace. La répartition « équitable » des richesses ne dispose d'aucune vertu en termes d'efficacité, ce qui n'est cependant pas toujours le cas. Le jeu de l'ultimatum est un bon exemple : si un des joueurs refuse le partage, aucune augmentation de richesse ne se produit.

Les préférences d'un individu ne comptent que si celui-ci a les moyens (au sens propre) de les réaliser : « *The difference between wealth and utility is that wanting something very much, but not being able to pay more for it than its owner or competing demanders, does not establish a claim to a good in a system of wealth maximization, although it might do so in a system of utility maximization. Wealth maximization thus excludes claims based on pure desire – claims not backed up by willingness (implying ability) to pay* »⁷⁹³. Ce n'est donc pas parce qu'une personne peut payer plus cher pour un bien, un service ou un droit qu'il en dérive plus d'utilité⁷⁹⁴ ; ce n'est que parce qu'il peut payer que sa préférence est prise en compte dans un système comme celui de la maximisation de la richesse.

Au regard du critère de maximisation de la richesse, une situation est donc efficace lorsque les biens, services et droits, sont alloués aux personnes qui sont prêtes à payer le plus pour leur obtention (et donc qui pourraient compenser hypothétiquement les perdants). La valeur épistémologique de ce critère reste délicate à préciser.

⁷⁹⁰ Nous aurons l'occasion de voir que la position de Posner sur ce point a évolué et qu'il ne considère plus qu'une décision puisse se prendre en considération du seul critère de la maximisation de la richesse ouvrant ainsi la porte à l'utilisation de considérations morales. La question de l'arbitrage entre les deux n'est cependant pas sans poser de nombreuses difficultés.

⁷⁹¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 382

⁷⁹² C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles Posner choisit ce critère. En ce sens, voir Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 92

⁷⁹³ Richard Posner, *The Value of Wealth : A Comment on Dworkin and Kronman*, op cit, p 243

⁷⁹⁴ par exemple, Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 88

b. La maximisation de la richesse, Pareto et Kaldor Hicks : l'idée de consentement

Posner reconnaît que le critère de Pareto est trop limité pour analyser l'efficacité économique au sein d'une société (donc uniquement sur le plan pratique). L'unanimité est souvent irréalisable : « *as it is well known the Pareto solution is apparent rather than real* »⁷⁹⁵ ou encore « *The Pareto superiority criterion is inapplicable to most policy questions* »⁷⁹⁶. Posner retient du critère l'idée d'échange volontaire, donc de consentement. Comme il est délicat de mesurer le bien-être des individus, il suffit que ceux-ci consentent à un échange – il fait même un lien entre le critère de Pareto et la philosophie de Kant, et notamment l'autonomie de la volonté – pour qu'il soit possible de dire que le critère de Pareto est rempli (Posner semble oublier l'importance de la question de la rationalité des individus), s'il n'existe pas d'externalités bien évidemment. Posner écarte donc rapidement le critère de Pareto comme critère d'efficacité « utilisable » (et non comme critère « éthique ») au profit du critère de Kaldor Hicks.

Posner a tendance à assimiler son critère au critère de Kaldor Hicks, non pas en raison de sa vertu éthique, mais pour son aspect pratique⁷⁹⁷ : « *The use of the word « efficiency » in the Kaldor Hicks sense can be defended simply as an analytical convenience that enables issues of allocation to be discussed separately from issues of distribution* »⁷⁹⁸. L'approche posnérienne se lie davantage avec la notion d'analyse coûts-bénéfices (entendue au sens large dans la mesure où de nombreux éléments peuvent entrer dans cette analyse)⁷⁹⁹ qu'avec celle d'efficacité au sens de Kaldor Hicks (qui reste centrée sur l'utilité). L'évolution des critères, de Pareto à Kaldor Hicks en passant par l'analyse coûts-bénéfices, a rendu possible le concept même de maximisation de la richesse en lui fournissant une assise théorique.

Le critère de la maximisation de la richesse, en mettant l'accent sur l'idée de consentement, modifie légèrement le critère de Kaldor Hicks. Posner étend l'idée de compensation à la possibilité de compensations « ex ante »⁸⁰⁰ – ce qui n'est pas le cas du critère de Kaldor Hicks où

⁷⁹⁵ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 88

⁷⁹⁶ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 89

⁷⁹⁷ Posner reste cependant confus sur la distinction de ces deux niveaux d'analyse : au niveau pratique, son critère est proche du critère de Kaldor Hicks dans la mesure où l'idée de compensation, même hypothétique, peut jouer un rôle. En revanche, au niveau éthique, la justification du critère de maximisation de la richesse s'effectue en vertu de l'idée de consentement (même hypothétique).

⁷⁹⁸ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 92

⁷⁹⁹ Kornhauser assimile la maximisation de la richesse et l'analyse coûts-bénéfices. Lewis Kornhauser, *Wealth Maximization*, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, Volume 3, pp 679-684, p 680

⁸⁰⁰ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 94

la justification de la maximisation de la richesse semble se faire sur la base de l'approche de Pareto. Pour Posner, subir un dommage à court terme ne signifie pas que l'individu n'y a pas consenti ou doit être compensé. Supposons que le système de production de normes soit efficient (au sens de Pareto). Il est probable que certains individus soient touchés par les normes générées par ce système. Si tel est le cas, il est possible de considérer que les individus avaient consenti au système de production de normes (et donc aux normes générées par ce système) et que, globalement, celui-ci est efficient (si les individus se focalisent sur les agrégats et non sur une norme particulière) : les individus peuvent être les perdants au regard d'une législation et les gagnants au regard d'une autre. Autrement dit, et nous y reviendrons, le choix de la structure de la réalité – qui n'est pas à proprement parler un choix économique – joue sur l'appréciation de l'efficacité de cette situation. Posner affirme d'ailleurs que « *If there is no reliable mechanism for eliciting express consent, it follows not that we must abandon the principle of consent but that we should be satisfied with implied (or more precisely, perhaps, hypothetical) consent where it exists. Its existence can be ascertained by asking the hypothetical question whether, if transaction costs were zero, the affected parties would agree to the institution* »⁸⁰¹.

Posner semble préférer l'idée de Pareto à celle de Kaldor Hicks en introduisant les notions de consentement et de compensation « ex ante »⁸⁰². Le mécanisme de la maximisation de la richesse est une sorte d'analyse coûts-bénéfices susceptible d'intégrer l'ensemble des éléments pour lesquels les individus ont des préférences.

Afin de mieux comprendre le critère proposé par Posner, il est nécessaire de découpler la justification du critère de son intérêt pratique (même si celui-ci participe à sa justification). Si cette distinction n'est pas effectuée, le critère proposé par Posner n'est pas parfaitement cohérent. Ainsi, Kronman avance que « *If wealth maximization is equivalent to Kaldor Hicks, Posner's argument about ex ante compensation is beside the point, since the Kaldor Hicks test does not require that actual compensation be made. If on the other hand, Posner believes, as his argument suggests, that wealth maximization requires actual as opposed to merely potential compensation, his concept of wealth maximization understood as a normative ideal is indistinguishable for the Pareto principle itself* »⁸⁰³.

⁸⁰¹ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 96

⁸⁰² Cette introduction est d'ailleurs réalisée dans l'objectif de relier son critère, celui de Kaldor Hicks et l'efficacité au sens de Pareto. Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 94. Ceci n'est pas sans rappeler les décisions sous voile d'ignorance proposées par Rawls.

⁸⁰³ Anthony Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, op cit, p 238

B. Les sources de l'inefficience, l'approche en termes de défaillance des marchés

D'une manière générale l'efficience économique est corrélée avec l'idée d'économie de marché et en situation d'équilibre de concurrence pure et parfaite⁸⁰⁴. Si le système de prix est défaillant, les organisations peuvent apparaître sur la scène économique (dont le droit)⁸⁰⁵. Si nous nous en tenons à l'approche néoclassique, « *La théorie moderne de l'équilibre général concurrentiel montre dans quelle mesure une allocation collective des ressources peut être obtenue à travers la coordination des décisions privées indépendantes par l'intermédiaire du marché. Nous sommes en fait assurés non seulement qu'une allocation peut être atteinte, mais qu'elle sera optimale au sens de Pareto* »⁸⁰⁶. Autrement dit, et idéalement, si les individus sont rationnels et si les marchés présentent certaines caractéristiques, il suffit aux individus d'être rationnels pour que le résultat obtenu soit efficient au niveau social⁸⁰⁷.

Les théorèmes de l'économie du bien-être sont fondamentaux pour comprendre la justification et le développement de la science économique et de l'analyse économique du droit. Le raisonnement que nous avons mené avec l'étude de l'efficience d'un marché spécifique est souvent à la base du raisonnement en analyse économique du droit et les considérations d'équilibre général (et de son efficience) ne sont que sous-jacentes à l'analyse laquelle, rappelons le, semble largement ignorer les apports de la théorie de l'optimum de second rang.

Si les marchés allouent de façon efficiente les ressources (dont les moyens de production car les prix reflètent les désirs des individus et permettent à ceux-ci de se coordonner via la « loi de offre et de la demande ») en situation de concurrence pure et parfaite, ce ne sera pas toujours le cas (par exemple si les conditions du premier théorème de l'économie du bien-être ne sont pas remplies). Autrement dit, la somme des rationalités individuelles n'entraînera pas nécessairement une rationalité collective dans le monde réel : la main invisible peut échouer (même si la

⁸⁰⁴ Et ce depuis Adam Smith. Il est d'ailleurs possible de se demander si la théorie économique ne s'est pas développée comme outil de justification de la défense des marchés. Nous ne répondrons pas à cette question dans la mesure où elle excède le cadre de notre thèse. Notons simplement que, les notions de surplus et d'efficience fondées sur ceux-ci se construisent à partir de l'idée d'équilibre si bien qu'on ne sait plus si c'est le marché qui est efficient ou le marché qui définit l'efficience.

⁸⁰⁵ Kenneth Arrow, *The Limits of Organization*, 1974, W. W. Norton & Company, New York, 86 pages, p 34

⁸⁰⁶ Kenneth Arrow, *Théorie de l'Information et des Organisations*, 2000, Dunod, Théories Economiques, Paris, 304 pages, p 64

⁸⁰⁷ Kenneth Arrow, *Théorie de l'Information et des Organisations*, op cit, p 67 prend une métaphore intéressante puisqu'il précise que l'allocation résultante aurait pu être la même que l'allocation résultant du choix d'un ordinateur auquel on aurait fourni l'ensemble des données. Comme nous le verrons les mécanismes permettant de justifier que l'équilibre sera atteint ne sont pas satisfaisants.

signification de cet échec est loin d'être évidente) et parfois le recours à une main bien visible pour atteindre une situation plus efficace est nécessaire

Les économistes évoquent l'idée de « défaillances des marchés »⁸⁰⁸ pour signifier que les marchés ne conduisent pas nécessairement à une allocation efficace des ressources (mais qu'en règle générale telle est le cas). Parfois ces défaillances sont supposées justifier l'intervention de l'Etat⁸⁰⁹ (et donc potentiellement du droit, pensons au droit de l'environnement ou au droit du travail) mais le théorème de Coase et l'analyse en termes de coûts de transaction sont venus modifier la donne : s'il s'agit d'une condition nécessaire, elle n'est pas suffisante pour justifier l'intervention de l'Etat⁸¹⁰. Dans ce dernier cas, l'idée de défaillances des marchés devient un simple outil analytique permettant de saisir l'idée d'inefficacité (par rapport à un standard de concurrence pure et parfaite inatteignable, ce qui n'est pas sans poser des difficultés conceptuelles).

Nous n'examinerons pas ici précisément le théorème de Coase et l'analyse en termes de coûts de transaction. Nous reprendrons les principales défaillances du marché qui apparaissent dans les analyses économiques du droit⁸¹¹ et qui fournissent de nouveaux concepts permettant d'analyser les phénomènes juridiques. Traditionnellement, les économistes insistent sur les biens publics (qui ne seraient pas produits de façon efficace par les marchés) (3), les monopoles et les oligopoles (qui reviendraient sur l'idée que les entreprises n'ont pas de pouvoir sur les prix et qui empêcheraient d'atteindre l'équilibre de concurrence pure et parfaite sur le marché considéré) (4) et les externalités (qui montrent que le coût social et le coût individuel peuvent être différents) (5). Afin de compléter la liste, nous ajouterons le dilemme du prisonnier et les problèmes de coordination mis en évidence par la théorie des jeux (la coordination de deux individus rationnels n'entraîne pas nécessairement la solution efficace⁸¹²) (1) et la question des asymétries d'information (qui peuvent parfois conduire à la disparition d'un marché et qui sont contraires à

⁸⁰⁸ Et la connotation est d'importance puisqu'elle présuppose qu'en règle générale la coordination par le marché est (et même doit être) le système de coordination par défaut...

⁸⁰⁹ Il s'agit même de la raison de l'apparition de l'idée. En ce sens, voir Richard Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, op cit, p 165. Cette considération laisse transparaître la conception sous-jacente de l'Etat.

⁸¹⁰ Nous aurons l'occasion de constater que cette formulation est relativement schématique dans la mesure où le théorème peut aussi être lu comme la nécessité des phénomènes juridiques pour fonder la possibilité de l'échange économique. Sur ce point, voir par exemple Charles Wolf, *Markets or Governments, Choosing between imperfect alternatives*, op cit. Nous ne développerons pas ici l'idée de défaillance du gouvernement.

⁸¹¹ Nous n'évoquerons donc pas ici, par exemple, les questions touchant l'absence de convexité ou les problèmes de rendements croissants. Ces questions ne sont présentes que de façon extrêmement limitées en analyse économique du droit et touche plus spécifiquement le domaine de l'économie théorique.

⁸¹² La théorie des jeux est parfois employée pour expliciter la question des biens publics. Nous préférons développer ces questions séparément afin de bien distinguer les différents outils.

l'idée d'information parfaite postulée par le concept de concurrence pure et parfaite) (2). Ces deux derniers points constituent, à l'heure actuelle, le socle théorique de la plupart des analyses économiques appliquées au droit.

1. Dilemme du prisonnier et problèmes de coordination, l'apport de la théorie des jeux

L'apparition de la théorie des jeux a révolutionné une grande partie de l'analyse économique et de l'analyse économique du droit⁸¹³. En insérant l'individu dans un environnement social dans lequel il est en interaction avec d'autres individus, la théorie des jeux a permis un plus grand réalisme de l'analyse économique (par rapport à la situation du type « Robinson »). Elle a aussi contribué à renforcer l'analogie avec la physique en insérant la logique de l'interaction entre les corps⁸¹⁴ sans pour autant réussir à prendre en compte la spécificité de l'interaction humaine par rapport à l'interaction « physique »

Le dilemme du prisonnier (a) ou les jeux de coordination (b) sont des exemples d'un découplage entre la rationalité individuelle et la rationalité collective ; les rencontres entre individus rationnels ne peuvent pas conduire, sauf sous certaines conditions, à une solution efficiente sur le plan social⁸¹⁵ : l'utilisation de la simple rationalité maximisatrice ne permet pas, à elle seule, d'atteindre la solution efficiente sur le plan social. D'une manière générale ces outils sont utilisés pour justifier de l'existence du droit⁸¹⁶.

⁸¹³ Notre présentation sera extrêmement sommaire. Nous ne présenterons que quelques éléments. Pour plus de détails, voir Douglas Baird, Robert Gertner, Randal Picker, *Game Theory and The Law*, op cit; Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit; Eric Rasmusen, *Games and Information*, 1994, 2d édition, Blackwell Publishers, Oxford, 478 pages ; Christian Schmitt, *La Théorie des Jeux, Essai d'Interprétation*, 2001, PUF, Premier cycle, Paris, 435 pages ; Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decision*, op cit ; et plus généralement n'importe quel ouvrage de théorie des jeux, et les articles relatifs à celle-ci dans Peter Newman, *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit. Des développements plus poussés interviendront dans le prochain titre.

⁸¹⁴ Elle a aussi conduit à mettre en évidence ses propres limites en tant que science. De même que le problème des trois corps n'est toujours pas résolu en physique et a donné naissance à la théorie du chaos, la multiplicité des interactions individuelles, même lorsque le principe de l'interaction est connu devient encore moins prédictible, même dans un environnement qui est, mathématiquement déterminé.

⁸¹⁵ Afin d'être complet, il faudrait ajouter le jeu de la « poule mouillée » et celui de la « chasse au cerf ». Le premier sera examiné lorsque nous nous pencherons sur les biens publics. La chasse au cerf peut être perçue comme une variante d'un jeu de coordination. Elle est beaucoup moins utilisée en droit que les 3 jeux que nous présenterons. Par ailleurs, ce jeu présente des difficultés d'interprétation qui touchent plus le domaine de la théorie des jeux que celui de l'économie du droit. Voir Christian Schmitt, *La Théorie des Jeux, Essai d'Interprétation*, op cit, pp 49-65. Globalement, l'étude des jeux que nous avons sélectionnés est suffisante pour présenter les différents outils utilisés par l'économiste et pour montrer que l'interaction entre individus rationnels ne permet pas nécessairement d'atteindre la solution efficiente.

⁸¹⁶ Nous reviendrons très largement sur cette justification dans le second titre de cette partie.

Nous nous focaliserons ici sur les jeux non coopératifs en situation d'information parfaite (la matrice des gains est connue de chacun des joueurs).

a. le dilemme du prisonnier ou les effets pervers de la main invisible

Le dilemme du prisonnier constitue certainement le jeu le plus connu par les économistes et par les individus intéressés par la théorie des jeux. Nous ne développerons pas dans le détail l'ensemble des discussions relatives à ce sujet⁸¹⁷. Notre objectif sera de présenter ce dilemme et son lien avec la question de l'allocation efficiente des ressources. Dans cette situation, la recherche de l'intérêt individuel peut nuire à l'intérêt social.

Le dilemme du prisonnier peut être utilisé, par exemple, pour justifier le passage de l'état de nature à l'état de société. Supposons que nous soyons dans un état de nature constitué de deux individus (A et B) rationnels au sens néoclassique. Ces individus peuvent décider, pour survivre, de cultiver (option c) ou de voler leurs voisins (option v)⁸¹⁸.

La solution efficiente, au sens économique, serait que chacun des deux cultive et qu'aucun vol ne soit commis. En effet, les individus auraient alors intérêt à produire jusqu'à ce que le coût marginal de production s'égalise avec le gain marginal de celle-ci⁸¹⁹. En cas de vol, le gain de la production est réduit (parce qu'une partie de la récolte ne bénéficie pas au cultivateur) ou le coût de la production augmente (puisque le cultivateur peut passer une partie de son temps à vérifier qu'aucun vol n'est commis ou prendre des dispositions pour limiter les vols). Le cultivateur pourrait alors être conduit à produire moins.

⁸¹⁷ La littérature est extrêmement abondante en la matière, notamment avec l'introduction de l'idée des jeux répétés. En effet, ce jeu est applicable à un très grand nombre de situations. La formalisation du jeu est attribuée au mathématicien Albert Tucker. Le vocable « dilemme du prisonnier » est lié à l'histoire originale qui met en scène un procureur et deux prisonniers qui sont interrogés séparément et qui ont la possibilité soit de dénoncer l'autre prisonnier, soit de ne rien dire. Le dilemme du prisonnier aboutit théoriquement à une dénonciation réciproque. Il n'est pas inintéressant de remarquer que le problème s'est développé dans le cadre d'une situation juridique.

⁸¹⁸ Nous supposons qu'il n'existe pas de marchés puisqu'il n'existe pas de droit de propriété lesquels supposeraient en effet l'existence d'une société.

⁸¹⁹ D'une manière générale, si les individus sont rationnels, le droit de propriété est fondamental pour assurer l'efficacité économique. Si les individus sont certains de bénéficier de l'ensemble des fruits de leur travail, ils seront incités à adopter un comportement optimal. Shavell note ainsi que « *if each individual has possessory rights in the output he produces, he will work the socially optimal amount and social welfare will be maximized* » (Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 15 (plus généralement, voir la discussion classique pp 11-23). Nous reviendrons sur la justification des droits de propriété lorsque nous nous pencherons sur la tragédie des communs.

Si un des individus décide de voler et l'autre non, l'individu qui vole verra son utilité augmenter dans la mesure où nous supposons que le coût du vol est inférieur au coût que le voleur aurait du payer pour produire ces biens. L'individu volé verra quant à lui son utilité diminuer puisqu'une partie de sa production est volée sans contrepartie.

Si les deux individus décident de voler les biens ne sont plus produits (ou en moins grande quantité) et l'utilité des deux individus diminue (par exemple parce qu'ils deviendront dépendants de la cueillette). Cette dernière situation est donc la moins désirable.

Ces différents éléments sont synthétisés par la matrice suivante :

		Joueur A	
		Voler	Cultiver
Joueur B	options		
	Voler	6, 6	11, 5
	Cultiver	5, 11	10, 10

Matrice 1. *Exemple de Dilemme du Prisonnier dans l'état de nature*

Si les deux individus cultivent, A et B retireront une utilité de 10. Néanmoins, cette solution ne sera retenue par des individus rationnels, surtout si le jeu n'est pas répété. En effet, si le joueur A décide de voler, le joueur B a intérêt, lui aussi à voler (il préfère 6 à 5). Si le joueur A décide de cultiver, le joueur B a intérêt, une fois encore, à voler (il préfère 11 à 10). Autrement dit, quelle que soit la stratégie adoptée par le joueur A (cultiver ou voler), le joueur B a intérêt à voler, il s'agit de sa stratégie dominante. Nous pourrions faire le même raisonnement en ce qui concerne le joueur A qui, lui aussi, a intérêt à voler quelle que soit la stratégie adoptée par B.

L'équilibre de Nash de ce jeu est celui dans lequel les deux joueurs décident de voler puisqu'une fois cet équilibre atteint aucun individu n'a intérêt à modifier sa stratégie (du moins si le jeu n'est joué qu'une seule fois ou dans un horizon fini). Il s'agit d'ailleurs du seul équilibre de ce jeu en l'absence de possibilité de contrat (cette possibilité permettrait de modifier la matrice des gains).

Remarquons que le raisonnement utilisé afin de déterminer la stratégie dominante dans le jeu ne tient pas compte du fait que l'individu joue contre (ou avec) un autre individu. Le raisonnement est le même que pour un individu qui doit choisir de prendre son parapluie en cas de risque de

pluie. Autrement dit, un jeu face à des individus et un jeu face à la nature sont traités exactement de la même façon. La dimension spécifiquement humaine du jeu disparaît.

Dans une telle situation, il est évident que l'efficacité requière que chacun des individus choisisse l'option cultiver et non l'option voler. La somme des rationalités individuelles est donc susceptible d'entraîner une inefficience au niveau social, la « bonne » solution n'est pas la meilleure. La recherche de l'intérêt individuel n'équivaut alors plus à la recherche de l'intérêt social et la main invisible montre ses limites.

Afin de lutter contre de tels effets, plusieurs solutions sont envisageables.

Si les individus pouvaient faire respecter une norme d'interdiction de vol sans coût (ou à un coût très faible), chacun des deux se trouverait dans une meilleure situation que celle issue du jeu précédent. Le changement serait efficace au sens de Pareto et au sens de la maximisation de la richesse si nous supposons que les chiffres sont relatifs à la valeur et non à l'utilité. Afin de tendre vers cette situation, il faudrait réussir soit à éliminer les cases où les options sont asymétriques par une norme, soit, plus généralement, modifier les gains de la matrice de façon à faire émerger non plus un mais deux équilibres de Nash, voire un seul équilibre constitué par la solution efficace).

Après modification des gains de la matrice, nous avons la situation suivante :

		Joueur A	
		Voler	Cultiver
Joueur B	options		
	Voler	2, 2	7, 3
	Cultiver	3, 7	10, 10

Matrice 2. *Modification d'une matrice du dilemme du prisonnier à l'aide d'une norme afin de faire émerger la solution efficace*

Supposons que le vol soit puni et oblige à indemniser en partie la victime du vol de telle sorte que nous nous trouvions, une fois la norme mise en œuvre, dans la situation de la matrice ci-dessus. Si le joueur A décide de voler, le joueur B décidera de cultiver (il préfère 3 à 2). Si le joueur A décide de cultiver, le joueur B décidera, lui aussi de cultiver (il préfère 10 à 7). Autrement dit, après intervention d'une norme adéquate, l'équilibre du jeu est modifié et le seul équilibre de Nash correspond à la situation où A et B cultivent. Notons que dans ce cas la norme nécessite d'être

sanctionnée pour que la modification de l'équilibre se produise. Elle aura donc un coût qui ne peut être négligé que théoriquement.

Cette logique se retrouve par exemple dans la loi sur la parité. La situation correspond à une forme de dilemme du prisonnier puisque si l'ensemble des partis bénéficiait, comme beaucoup le pensent, de la présence de candidates et d'élus de sexe féminin, en raison du caractère patriarcal de notre société, le changement rapide d'équilibre nécessiterait de modifier la matrice des paiements. En supposant que les partis cherchent à maximiser leur utilité et que celle-ci dépende du nombre des élus, de la reconnaissance de la diversité des élus et du budget du parti, imposer une sanction financière permettrait de modifier de façon adéquate la matrice des paiements pour conduire à un équilibre dans lequel la parité serait de rigueur. L'échec de la loi pourrait s'interpréter, à la lumière de la théorie des jeux, comme une modification trop superficielle de la matrice des paiements pour inciter à un comportement optimal.

Notons que la possibilité de la norme suppose que le jeu soit répété (sinon une norme n'aurait aucun intérêt). Même sans l'intervention d'une norme, si le jeu est répété sans que l'horizon ne soit précisé ou fini, il est possible que l'équilibre du jeu se modifie et migre vers la situation efficiente, du point de vue social, où les deux individus coopèrent⁸²⁰. Le « *folk theorem* » ne dit rien d'autre : « *every contract on which rational players might agree in the presence of external enforcement is available as an equilibrium outcome in an infinitely repeated game* »⁸²¹. Si le jeu n'est pas répété à l'infini (donc si l'horizon est connu), la solution que nous donnerait l'induction à rebours conduirait à une absence de coopération dès le premier mouvement, sauf à introduire une très légère possibilité d'irrationalité de la part des joueurs⁸²².

b. les jeux de coordination pure : l'impossible coordination

Les jeux de coordination pure sont encore plus frappants dans la mesure où ils peuvent laisser parfaitement indéterminée la solution du jeu : *la rationalité n'est plus suffisante pour assurer la coordination efficiente des individus au niveau social.*

⁸²⁰ En ce sens, voir Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, op cit et sa stratégie du tit-for-tat ou de réciprocité. Nous ne développerons pas plus avant ces points dans la mesure où ils fournissent une explication de l'émergence de phénomènes juridiques qui font l'objet de notre prochain titre.

⁸²¹ Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, p 81. Ce théorème est valable quel que soit le jeu en cause.

⁸²² En ce sens, voir David Kreps, Paul Milgrom, John Roberts et Robert Wilson, Rational cooperation in the finitely repeated prisoners' dilemma, 1982, *Journal of Economic Theory*, vol 27, pp 245-252. Voir aussi notre partie sur l'induction à rebours lorsque nous traitons du jeu du centipède.

Prenons l'exemple de la conduite. Il est évident qu'il a fallu « choisir » entre rouler à gauche et rouler à droite (ce choix n'est cependant pas nécessairement délibéré, notamment lorsqu'il résulte de l'apparition d'une convention). Si aucune des deux possibilités n'était choisie, il est probable que le nombre de morts sur les routes serait plus élevé (au moins sur le court terme).

En supposant que les individus sont parfaitement indifférents entre les deux alternatives et qu'il n'existe pas une alternative « objectivement » meilleure, le jeu pourrait être décrit par la matrice suivante :

		Joueur A	
		gauche	droite
Joueur B	options		
	gauche	2, 2	0, 0
	droite	0, 0	2, 2

Matrice 3. *Jeu de coordination pure*

Les individus cherchent à se coordonner. Ils peuvent se coordonner sur droite ou sur gauche mais il est nécessaire qu'ils choisissent la même solution. Nous disposons de deux équilibres de Nash : (droite, droite) et (gauche, gauche). Les solutions asymétriques ne produisent aucun bien-être. Si un joueur joue avant l'autre, la solution sera évidente (puisqu'il suffira au second joueur de « suivre » le premier). Si les joueurs doivent décider sans connaître l'option retenue par les autres joueurs (par exemple, un conducteur étranger arrive dans un pays dans lequel aucune indication n'est précisée), tout se complexifie. *La simple rationalité maximisatrice ne suffit plus pour permettre la coordination, elle ne permet que d'identifier les équilibres.*

Le « *folk theorem* » peut s'appliquer à ce genre de situation. Il est en effet probable que si le jeu est répété une convention (au sens de David Lewis⁸²³) émergera et ce, quel que soit le nombre

⁸²³ David Lewis, *Convention : A Philosophical Study*, [1969] 2002, Blackwell Publishers, Oxford, 213 pages. Notons que l'idée de convention est apparue notamment comme une solution au problème des jeux de coordination. Il existe une convention C pour régler un problème de coordination si et seulement si : (1) Chacun se conforme à C, (2) chacun croit que les autres se conforment à C, (3) cette croyance donne à chacun une raison bonne et décisive de se conformer à C, (4) il existe une préférence générale pour une conformité générale à C, (5) C n'est pas la seule régularité remplissant les conditions 3 et 4, et (6) les conditions 1 à 5 sont *Common Knowledge* : chacun sait que l'autre sait qu'il sait, etc... qu'il existe ces conditions. Cette

d'équilibres possibles (au lieu d'une matrice 2x2, nous pourrions avoir une matrice kxk). Néanmoins rien ne permet de connaître nécessairement le résultat de ce processus (le processus est rarement ergodique⁸²⁴, par exemple parce que la règle de coordination sera de choisir à la période t+1 la stratégie la plus utilisée à la période t), ni le temps nécessaire à l'émergence de cette convention, notamment lorsqu'aucun « point saillant » (ou points de Schelling⁸²⁵) qui faciliterait la coopération dès le départ n'est présent. En tout état de cause, la simple structure du jeu ne permet pas d'en déterminer la solution et il faut un élément externe pour que la coordination puisse se réaliser.

La mise en place d'une norme en la matière, même non sanctionnée, permettra d'assurer la coordination des individus rationnels beaucoup plus rapidement. La sanction n'est pas obligatoire car les individus ont intérêt à l'existence de la règle et n'ont, normalement, aucun intérêt à sa violation.

Le problème se complexifie si nous modifions la matrice des paiements en supposant que chacun des joueurs préfère une alternative (par exemple parce que chaque joueur produit des voitures dont le volant est soit à droite, soit à gauche). Ce type de jeu est qualifié de « bataille des sexes » puisque traditionnellement il s'agit de la question de la coordination entre deux amants sur une soirée, sachant que l'homme préfère voir de la boxe et la femme préfère voir un ballet. La matrice est alors la suivante :

condition est nécessaire pour que C soit stable. L'idée de convention peut être considérée comme précédent, en partie l'analyse de Schelling sur les points focaux.

⁸²⁴ Schématiquement, un processus n'est pas ergodique si le point de départ conditionne le point d'arrivée. On parle aussi de dépendance par rapport au chemin. Un processus est ergodique si quel que soit le point de départ, le point d'arrivée est le même. Nous reviendrons sur ces différents points lorsque nous nous pencherons sur la question de l'efficacité et de sa relation avec la dépendance par rapport au chemin dans la prochaine section de ce chapitre.

⁸²⁵ On parle aussi de points focaux. La notion est apparue pour la première fois dans Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict*, [1990] 2005, Harvard University Press, Cambridge, 328 pages, par exemple p 57. Thomas Schelling a obtenu le prix Nobel d'économie en 2005. En l'espèce le jeu (voir spécialement pp 55-56 et plus largement pp 54-58) était un jeu de rendez vous où des individus devaient trouver une heure et un lieu de rendez vous dans New York City. La quasi-totalité des individus a choisi midi à Grand Central Station. Un point de convergence d'anticipations est appelé point focal. L'émergence de cette convergence peut prendre du temps dans la mesure où elle est relative à l'histoire, à la culture, etc... Pour Schelling, le point focal permet de résoudre de nombreux problèmes de coordination. Pour une explication détaillée de ce point, voir Judith Mehta, Chris Starmer, Robert Sugden, *The Nature of Salience : an Experimental Investigation of Pure Coordination Games*, 1994, *The American Economic Review*, vol 84, pp 658-673.

		Joueur A	
		gauche	droite
Joueur B	options		
	gauche	2, 3	0, 0
	droite	0, 0	3, 2

Matrice 4. *Jeu du type « Bataille des sexes »*

Dans ce cas, nous avons toujours deux équilibres de Nash mais si les individus sont rationnels et ne s'intéressent qu'à la maximisation de leur utilité, la coordination efficiente surviendra plus difficilement (sauf si nous supposons que le jeu est séquentiel auquel cas le choix du premier joueur contraint le choix du second). Il faudra que chacun des individus tienne compte de l'altruisme de l'autre (mais l'altruisme doit alors entraîner une modification de la matrice des paiements... sauf si les deux individus sont aussi altruistes l'un que l'autre).

Les jeux de coordination montrent que l'interaction entre individus rationnels n'est pas suffisante pour assurer l'efficacité au niveau social. Des éléments supplémentaires doivent faire leur apparition afin d'assurer l'efficacité des interactions. Notons ainsi que l'émergence d'une convention spécifique ne peut se défendre sur la seule base de la rationalité ou de l'efficacité dans la mesure où, par définition, d'autres conventions étaient possibles (il est efficace de choisir une convention mais pas nécessairement telle ou telle convention).

La théorie des jeux explique que, dans un certain nombre de situations, les agents économiques ne peuvent pas négliger les comportements des autres individus (soit intervenant précédemment à une action, soit concomitamment, soit postérieurement). Des actions prises sur la seule base de la rationalité et sans concertation peuvent être à l'origine d'inefficiences. *Le modèle impersonnel de la coordination par les marchés n'est donc plus suffisant lorsque les dimensions stratégiques entrent en ligne de compte* (lorsque le résultat de l'interaction dépend du choix des autres partenaires, donc lorsqu'il existe une externalité, infra). Par ailleurs, cette dimension stratégique peut conduire les individus à mentir sur leurs propres préférences ce qui peut avoir un impact sur le système de prix et empêcher que la situation efficiente au niveau social soit atteinte. Nous aurons l'occasion de revenir sur certains de ces jeux lorsque nous examinerons la question des biens collectifs et l'explication économique de l'origine du droit.

Afin d'être complet, ajoutons que la théorie des jeux ne se limite pas à l'étude des jeux où les individus doivent jouer de façon simultanée et qu'elle s'est développée également autour des jeux séquentiels. En tout état de cause, ce sera la construction du modèle qui aura le plus d'importance (et cette construction dépasse, nous le verrons le cadre de l'analyse économique), le raisonnement en lui-même variera peu dans la mesure où l'objectif sera toujours pour les individus de maximiser leur bien-être. De nouveaux outils pourront alors apparaître, comme par exemple l'idée de menace crédible, mais l'approche du problème sera sensiblement identique aux analyses présentées jusqu'à présent.

2. Asymétries d'informations, anti sélection et aléa de moralité

Si l'hypothèse d'information parfaite est relaxée⁸²⁶, par exemple parce que l'acquisition d'information s'avère coûteuse, l'efficacité allocative des marchés peut être très fortement perturbée et nécessiter une intervention de l'Etat ou de normes sociales. L'information imparfaite signifie que « *les caractéristiques des biens et services ou l'ensemble des prix ne sont pas connus avec la même certitude par tous les agents* »⁸²⁷. Ceci engendre en principe des pertes d'efficacité (par rapport au standard de l'équilibre).

La littérature sur les asymétries d'informations et leur influence sur l'allocation des ressources est extrêmement vaste⁸²⁸. Nous n'en présenterons que les outils et les résultats principaux dans la mesure où ces derniers constituent l'armature du raisonnement et un schéma d'interprétation pour appréhender certains phénomènes juridiques.

Les économistes distinguent les problèmes de l'anti sélection (*adverse selection*) (a) et de l'aléa de moralité (*moral hazard*) (b). Le premier peut conduire à la disparition d'un marché : il survient lorsque les consommateurs ne connaissent pas la qualité des produits sur le marché et permet d'expliquer des mécanismes comme les garanties, la réputation, les limitations d'accès à certaines professions par diplômes, etc. Le second est souvent utilisé pour analyser les contrats d'assurance ou les contrats d'embauche : il n'est pas possible à l'employeur ou à l'assureur de vérifier que l'employé ou l'assuré agit conformément à leurs intérêts. Il est alors possible de comprendre la

⁸²⁶ Peut-on même parler d'information s'il n'existe aucune incertitude ? Remarquons que l'hypothèse d'information parfaite apparaît à la fois dans la théorie de la rationalité et dans la théorie des marchés en concurrence pure et parfaite.

⁸²⁷ Kenneth Arrow, *Théorie de l'Information et des Organisations*, op cit, p 30

⁸²⁸ D'une manière générale, on pourra se reporter à Inès Macho-Stadler et David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information, Incentives and Contracts*, op cit ; Kenneth Arrow, *Théorie de l'Information et des Organisations*, op cit ; Eric Rasmusen, *Games and Information*, op cit. Les articles principaux seront présentés lorsque nous étudierons les différents problèmes liés aux asymétries d'information.

logique des mécanismes comme l'intéressement ou la participation, les franchises, etc. En schématisant un peu, *l'anti sélection est liée à un problème d'information cachée (ou à un problème d'information cachée ex ante), alors que l'aléa de moralité est lié à un problème d'action cachée (il vise un problème susceptible de survenir ex post)*⁸²⁹.

a. L'anti sélection

Le phénomène d'anti sélection a été mis au jour par un célèbre article de Akerlof, le marché des lemons⁸³⁰. Cet article prouve que supposer que la qualité des marchandises est une donnée et que celle-ci est connue de tous induit des effets importants sur l'efficacité des allocations (on touche donc à l'hypothèse d'homogénéité et d'information parfaite)⁸³¹ et pourrait conduire à la disparition de certains marchés. Tout ceci est parfaitement logique puisque l'échange suppose que les individus s'entendent sur la définition du produit et sur sa qualité. Pour Akerlof, « *the difficulty of distinguishing good quality from bad is inherent in the business world ; this may indeed explain many economic institutions and may in fact be one of the more important aspects of uncertainty* »⁸³².

Supposons que, sur le marché des voitures d'occasion, les acheteurs ne soient pas susceptibles de déterminer s'ils font ou non une affaire, en ce sens qu'ils ne connaissent pas avec précision la qualité de la voiture (mais ils connaissent la répartition de la qualité entre les bonnes et les mauvaises voitures)⁸³³. En revanche les vendeurs connaissent la qualité de celle-ci puisqu'ils ont eu l'occasion de l'utiliser dans la durée. Comme l'acheteur est rationnel et qu'il ne connaît pas la qualité des voitures, il est prêt à payer un prix qui correspond à la probabilité que la voiture qu'il achète soit une mauvaise voiture : autrement dit, les bonnes et les mauvaises voitures se vendent

⁸²⁹ Nous retrouvons une telle distinction par exemple dans Eric Rasmusen, *Games and Information*, op cit, p 165 par exemple. La distinction n'est cependant pas tout à fait exacte dans la mesure où l'aléa de moralité peut survenir dans le cas d'une information cachée.

⁸³⁰ Georges Akerlof, The Market for Lemons : quality uncertainty and the market mechanism, 1970, *Quarterly Journal of Economics*, vol 84, pp 488-500. Les *lemons* font références aux voitures d'occasion de mauvaise qualité.

⁸³¹ Notons que les prix permettent à la fois de gérer la rareté mais aussi de donner des indications sur la qualité des produits (lorsque cette qualité n'est pas connue). Si le marché fonctionne correctement, le prix reflètera effectivement la qualité. Si le marché fonctionne imparfaitement, le prix ne reflétant plus exactement la qualité ne reflètera plus non plus la rareté de façon adéquate.

⁸³² Georges Akerlof, The Market for Lemons : quality uncertainty and the market mechanism, p 500

⁸³³ Par simplicité, nous supposons qu'il n'existe que deux types de voiture, les bonnes et les mauvaises. En fait, l'article d'Akerlof étend le résultat obtenu au cas où il existe un continuum entre les bonnes et les mauvaises voitures. Le raisonnement reste néanmoins le même. Georges Akerlof, The Market for Lemons : quality uncertainty and the market mechanism, op cit, spécialement pp 490-491. Techniquement, il suffirait de dire qu'il existe au moins une mauvaise voiture pour que le mécanisme se mette en marche.

au même prix. Un vendeur de bonne voiture ne pourra pas vendre sa voiture à sa vraie valeur puisque l'acheteur tient compte du fait qu'il est possible qu'il s'agisse d'une mauvaise voiture. Les vendeurs de bonnes voitures disparaissent donc du marché. Le raisonnement peut être étendu au cas où il existerait trois types de voitures (bonnes, moyennes, mauvaises) et plus généralement au cas où il existe un continuum dans la qualité des voitures.

L'exemple du marché des voitures d'occasion est valable pour rendre compte de certains phénomènes d'assurance (pourquoi est-il si délicat pour les personnes âgées des Etats Unis d'obtenir une assurance médicale ? Tout simplement car l'assurance ne connaît pas la « qualité » de son client), ou encore à la question de l'emploi des minorités (car elles sont généralement stigmatisées).

Ce problème ne survient pas uniquement en raison du vendeur. Certains problèmes, notamment en ce qui concerne les assurances, peuvent être le fait du consommateur. Typiquement, le consommateur connaît l'intérêt qu'il peut avoir à être assuré (il sait s'il est plus ou moins susceptible d'être malade, de se casser un membre, etc...). L'assurance, elle, ne connaît pas le type du consommateur. Si elle propose une assurance identique à l'ensemble de ses assurés, il est probable que certains d'entre eux préfèrent ne pas s'assurer, si bien que l'assurance ne garantira que des personnes qui ont intérêt à être assurées, autrement dit, celles qui ont le plus fort risque. Ceci pourrait expliquer la prise en charge par l'Etat de l'assurance maladie.

Comme le font remarquer Milgrom et Roberts, la sélection adverse (l'anti sélection) est incompatible avec la conception néoclassique des marchés : « *dans la théorie néoclassique, tous les échanges sont effectués au sein d'un marché impersonnel, et nul ne cherche à connaître l'identité de l'autre partie de la transaction (ce qui n'est pas le cas avec la sélection adverse)* »⁸³⁴.

Evidemment, dans le monde réel, de tels marchés existent toujours. La raison en est simple : il existe des institutions qui permettent de faire face à ce genre de problème. Akerlof mentionne les garanties (on suppose que le vendeur qui offre une garantie est plus à même de vendre un produit de qualité), les marques (elles vont avoir une réputation à tenir), les chaînes d'hôtels ou de restaurant (les franchises donc) ou encore les diplômes (on suppose habituellement qu'un étudiant en droit issu de Harvard, sera meilleur qu'un même étudiant en droit issu d'une université de seconde zone⁸³⁵ ; plus classiquement, on suppose qu'un étudiant ayant obtenu la mention très bien sera « meilleur » qu'un étudiant n'ayant eu qu'une mention assez bien). On pourrait aussi ajouter tous les phénomènes de réputation.

⁸³⁴ Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, p 201

⁸³⁵ Et ceci peut engendrer des mécanismes de « racisme » rationnel.

Chacun de ces éléments permet au vendeur de « signaler » sa qualité⁸³⁶. Le signal doit avoir certaines propriétés pour être efficace : il doit être beaucoup plus coûteux pour les personnes qui souhaitent se faire passer pour ce qu'ils ne sont pas (faute de quoi, il s'agit d'un gaspillage de ressources). Les diplômes par exemple sont supposés permettre de déterminer si un étudiant sera une bonne recrue pour une entreprise. Si le diplôme est octroyé à toute personne qui s'inscrit au cours, ce diplôme ne permettra pas de discriminer⁸³⁷, autrement dit ne donnera aucun signal et sera un « mauvais » diplôme du point de vue du signal. Ceci explique qu'en règle générale les entreprises demandent la liste des stages ou les mentions obtenues et préfèrent les étudiants sortant de grandes écoles aux étudiants sortant des universités, la sélection dans les premières étant plus forte, en règle générale, que dans les secondes.

En ce qui concerne l'analyse économique du droit, ce phénomène est lui aussi important. Les règles de protection du consommateur peuvent ainsi être perçues comme permettant d'éviter les phénomènes du type anti sélection, il suffit de penser à l'obligation d'information des consommateurs. L'ensemble des règles touchant la protection des consommateurs leur permet d'agir presque sans se soucier du cocontractant (puisque celui-ci a des obligations légales, qui permettent d'atteindre un certain équilibre beaucoup plus rapidement que par un phénomène de réputation). De même, la restriction de l'exercice de certaines activités à l'obtention d'un diplôme particulier permet d'assurer une plus grande confiance de la part des consommateurs.

b. L'aléa de moralité

L'aléa de moralité touche un problème différent et s'intéresse plutôt au post contractuel⁸³⁸. Le phénomène concerne essentiellement le problème des assurances dans la mesure où l'assurance ne peut pas contrôler les faits et gestes de l'ensemble des assurés ce qui pourrait conduire ceux-ci à ne pas agir conformément à son intérêt (mais aussi à l'intérêt social puisqu'étant assurés, le coût de certaines de leurs actions diminue).

⁸³⁶ L'idée de signalement est souvent associée à l'article de Michael Spence, Job Market Signaling, 1973, *Quarterly Journal of Economics*, vol 87, pp 355-374. Si l'idée est intéressante, elle n'est pas dépourvue d'ambiguïté dans la mesure où le signal doit être interprété et ceci se fera en fonction de l'expérience, des préjugés, etc... L'idée de signal est d'arriver à trouver des éléments permettant de distinguer des classes d'individus. Ce classement reste évidemment purement subjectif. L'idée de signal constitue un élément supplémentaire permettant de structurer un phénomène juridique grâce au code de l'analyse économique.

⁸³⁷ Sous cet angle, la « valeur » du baccalauréat a logiquement baissé.

⁸³⁸ Sur l'aléa de moralité, on pourra se reporter par exemple, en plus des ouvrages précédemment mentionnés, à Tom Backer, On the Genealogy of Moral Hazard, 1996, *Texas Law Review*, vol 75, pp 237-292 (nous n'aurons pas l'occasion ici de revenir sur l'origine de l'aléa de moralité) ; Kenneth Arrow, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, 1963, *American Economic Review*, vol 53, pp 941-973 ; John Marshall, Moral Hazard, 1976, *American Economic Review*, vol 66, pp 880-890

Supposons, qu'un individu demande à un garagiste de réparer sa voiture : le modèle néoclassique est alors sans appel « *lorsque l'acheteur ne peut pas contrôler facilement la qualité des biens ou services qu'il achète, les vendeurs ont tendance à fournir des produits de qualité médiocre ou à se montrer peu diligents dans les services qu'ils rendent* »⁸³⁹. Le problème de l'aléa de moralité vise l'impossibilité d'observer (ou simplement le coût positif et prohibitif de l'observation) les caractéristiques d'une action (le modèle néoclassique considère généralement que ceci ne pose pas problème et qu'il est possible de vérifier sans coût et de façon adéquate si le contrat est véritablement exécuté), notamment dans le cas où les intérêts des individus sont divergents. Si un individu embauche un peintre pour faire un portrait, comment peut-il vérifier que le peintre donnera le meilleur de lui-même et ne se contentera pas d'un travail médiocre ? Si une personne est assurée de ne pas pouvoir être licenciée, comment être certain qu'elle remplira sa mission avec toute l'attention qu'elle mérite ? Si un individu dispose d'une assurance automobile dans laquelle il n'a aucune franchise à payer et aucun système de bonus malus, comment être certain qu'il utilisera son véhicule avec toute la vigilance qu'il devrait avoir ? En d'autres termes, « *a moral hazard problem exists when the agent's action is not verifiable, or when the agent receives private information after the relationship has been initiated. In moral hazard problems the participants have the same information when the relationship is established, and the informational asymmetry arises from the fact that, once the contract has been signed, the principal cannot observe (or cannot verify) the action (or the effort) of the agent, or at least, the principal cannot perfectly control the action* »⁸⁴⁰.

La conséquence de l'aléa de moralité sur l'allocation des ressources doit être soulignée puisque cette allocation n'est alors plus optimale. Arrow fait ainsi remarquer que « *dans la théorie de l'allocation optimale des ressources en situation de risque, on peut montrer que des marchés concurrentiels d'assurance conduiront à une allocation optimale lorsque les événements assurés ne sont pas sous le contrôle du comportement individuel. Si le montant de l'indemnité est de quelque façon que ce soit dépendant de la décision de l'assuré aussi bien que de l'état de la nature, alors l'effet est le même que celui de la fiscalité indirecte et l'optimum ne sera jamais atteint que ce soit par le système concurrentiel ou par l'effort de l'Etat de simuler un système concurrentiel* »⁸⁴¹. Le phénomène de l'aléa de moralité touche la situation dans laquelle la formation d'un contrat (notamment d'assurance) incite les individus à agir autrement qu'ils ne l'auraient fait s'ils n'étaient pas assurés, ce qui engendre une inefficience. Par exemple, l'un des inconvénients de la sécurité sociale est que les individus vont avoir tendance à aller chez le médecin chaque fois

⁸³⁹ Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation et Management*, op cit, p 224. Evidemment, si les individus sont rationnels au sens économique et qu'il n'y a pas de phénomène de « moralité » ou « d'amour du travail bien fait », etc...

⁸⁴⁰ Inès Macho-Stadler et David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information, Incentives and Contracts*, op cit, p 9

⁸⁴¹ Kenneth Arrow, *Théorie de l'Information et des Organisations*, op cit, p 151

qu'ils auront un petit problème dans la mesure où la visite est quasi gratuite (le coût privé étant plus faible, la demande est supposée augmenter). Une telle situation est évidemment sous optimale puisque le coût social est différent du coût privé de l'individu (ce qui ne signifie cependant pas que l'assurance soit une chose par nature « sous optimale »).

L'aléa de moralité est souvent rattaché à la notion plus classique de relation principal agent (mais il ne s'y réduit pas) souvent utilisée pour caractériser une relation salariale⁸⁴². L'agent agit sous la direction du principal qui ne peut vérifier que les actions de l'agent sont parfaitement conformes au contrat passé entre les deux individus. Si les deux individus ont en plus des objectifs divergents, il est probable qu'un phénomène d'aléa de moralité survienne. Soulignons que l'idée de confiance est exclue de la logique du modèle néoclassique et que la moralité de l'aléa de moralité n'a rien à voir avec la notion classique de moralité puisqu'elle ne contient aucune connotation de bien ou de mal (l'impersonnalité du mécanisme d'allocation des ressources par le marché postulée par le modèle néoclassique semble ne pas intégrer des composantes importantes du réel). Remarquons aussi que l'aléa de moralité permet d'expliquer pourquoi le modèle communiste est moins productif (ou moins incitatif à la production) qu'un modèle fondé sur les droits de propriété (ce qui conduit donc à donner une justification de ces droits de propriété).

Afin d'éviter ce genre de problème et outre un contrôle parfois très coûteux et souvent impossible (et qui pourrait donc agir directement sur l'origine du problème), l'idée est de faire converger l'intérêt du principal et celui de l'agent. Les mécanismes de stock options ou d'intéressements permettent aux salariés d'avoir un intérêt à la réussite de l'entreprise. L'existence de franchises en matière d'assurance joue un rôle puisque les individus vont devoir payer, au moins un minimum, en cas d'accident ; de même, la différence de tarification entre les différents contrats proposés est supposée permettre à l'assurance de connaître le « type » de l'assuré (afin qu'elle ne soit pas trop pénalisée par l'aléa de moralité). De façon similaire, en payant un salarié au dessus du prix de marché, celui-ci peut être incité à donner le meilleur de lui-même dans la mesure où il ne pourra pas trouver une situation similaire s'il est licencié⁸⁴³.

Les problèmes d'allocation des ressources liés aux asymétries d'informations conduisent à remettre en cause le modèle néoclassique de base et l'idée d'impersonnalité de la relation marchande. Ces « défaillances » permettent de justifier, pour partie, le rôle du droit et des institutions juridiques dans le paysage économique.

⁸⁴² La définition proposée de l'aléa de moralité se fait, comme nous l'avons vu, par référence à la relation principal agent.

⁸⁴³ Henry Ford est souvent cité sur le sujet. En payant ses salariés plus que la moyenne, il espère que ceux-ci travailleront plus dur (il lutte ainsi contre l'aléa de moralité) mais aussi il attirera logiquement les salariés plus productifs qui estiment que le salaire proposé est suffisant (il lutte contre l'anti sélection).

3. Biens publics, biens collectifs et l'exemple de la tragédie des communs

En principe, les individus rationnels ne sont pas incités à participer à la création de biens publics (c). La production de ceux-ci est donc sous optimale. Pareillement, il existe une tendance à la surexploitation des ressources communes, surexploitation exemplifiée par la fameuse tragédie des communs (b). *Le marché n'est donc pas susceptible à lui seul de conduire à une allocation optimale des ressources et à la production optimale de certaines catégories de biens ou de services.*

L'idée des biens publics conduit à distinguer, pour juger de l'efficacité allocative des marchés, différentes catégories de biens (a). Certains d'entre eux, les biens publics et les biens collectifs ne sont pas alloués efficacement si les individus s'en remettent uniquement au marché. Leur production efficiente nécessite donc des institutions ou des mécanismes qui dépassent la simple logique de l'échange marchand entre individus rationnels.

L'exemple des biens publics et des biens collectifs permet de mieux comprendre une logique sous-jacente aux notions de service public administratif ou de service public universel (même si un service public n'est pas nécessairement un bien public, certaines analogies semblent évidentes). Il fournit aussi un éclairage intéressant sur la jurisprudence de la CJCE en matière de réglementation des services publics. Nous soulignerons ici les liens sans les analyser dans le détail. Il s'agit en effet de comprendre la logique économique et non son application à une situation concrète.

a. La distinction entre les différents types de biens

Les économistes distinguent classiquement les biens en fonction de deux critères : la rivalité et la possibilité d'exclusion⁸⁴⁴.

Un bien ou un service est rival lorsque sa consommation (ou son utilisation) empêche ou limite la consommation (ou l'utilisation) par un autre individu : si un individu mange une pomme ou porte un vêtement, il empêche un autre individu de manger cette pomme ou de porter ce vêtement. Si un chalutier pêche des poissons, il réduit la quantité disponible aux autres chalutiers. En revanche, si une émission de télévision est diffusée par les ondes, la « consommation » de l'émission ne limite pas la consommation des autres individus. Il est possible qu'un bien non rival ne vérifie plus cette condition lorsqu'il est « saturé » (l'utilisation d'un parc par exemple). Du point de vue du droit, le recours au juge peut être considéré comme un bien normalement non rival mais assez

⁸⁴⁴ L'analyse proposée correspond aux analyses classiques présentées dans n'importe quel manuel de microéconomie. Le sujet ne prêtant pas à polémiques, nous ne donnerons pas de références bibliographiques précises.

rapidement saturé. La protection policière correspond aussi à un « bien » non rival mais possiblement saturé.

Un bien ou un service bénéficie de la possibilité d'exclusion lorsqu'il est possible de limiter l'accès de celui-ci à certains individus. On évoque souvent la métaphore du péage : si un individu doit payer pour accéder au bien, alors celui-ci permet l'exclusion, sinon ce n'est pas le cas. L'entrée dans une boîte de nuit ou l'accès au câble (hors cas de piratage) permettent de limiter l'accès à certains individus. De même, l'autoroute à péage permet d'empêcher certains individus d'y avoir accès (s'ils ne payent pas). Par contre, on ne peut pas interdire l'utilisation de l'air par les individus lorsqu'ils respirent ou, d'une manière générale, l'accès au réseau routier (hors cas de l'autoroute à péage). Similairement, la protection offerte par l'armée ou l'éclairage public ne permettent pas d'exclure certaines personnes de leur utilisation.

Remarquons que cette dernière caractéristique peut être ou non dépendante d'un point de départ. Ainsi, si un village possède un champ et que l'accès à celui-ci est réservé aux villageois, le bien peut être considéré comme possédant la possibilité d'exclusion si nous avons une vision large (qui ne se limite pas au seul village). Néanmoins, le bien ne dispose pas de cette propriété si notre analyse porte uniquement sur l'utilisation qui en est faite par les seuls membres du village. Le point de référence apparaît dès lors fondamental, même s'il est souvent absent des présentations.

Si un bien est à la fois rival et permet de limiter l'accès de celui-ci à certains individus, ce bien est qualifié de bien privé. Il s'agit des biens qui s'échangent traditionnellement sur les marchés comme la nourriture ou les vêtements.

Si un bien est non rival (sauf saturation) et qu'il permet d'exclure certains individus, nous nous trouvons dans le cas des biens de type club. L'adhésion à un club n'en diminue généralement pas l'utilisation par les autres individus mais permet d'exclure les non membres. L'adhésion à Canal+ ou aux programmes du câble sont de bons exemples. Les avantages de la citoyenneté française peuvent être perçus comme appartenant à cette catégorie de biens.

Si un bien est rival et qu'il ne permet pas d'exclure certains individus, nous sommes dans le cas d'un bien collectif (ou bien public impur). La pollution de l'environnement est le cas le plus dramatique. Cette pollution réduit le bien-être que peuvent en tirer les autres individus mais il n'est pas possible d'empêcher de polluer avec efficacité (on ne peut pas par exemple contrôler les motifs qui conduisent un individu à utiliser sa voiture ou mesurer précisément la quantité de pollution générée par une industrie ou une entreprise particulière). L'utilisation des ressources naturelles, lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune législation, entre aussi dans cette catégorie (pensons à la logique des quotas de pêche).

Si un bien est non rival et qu'il ne permet pas l'exclusion, nous sommes en présence d'un bien public. L'éclairage public n'est pas rival puisque tout le monde peut profiter de la lumière et il ne permet pas d'exclure certains individus. La défense ou les infrastructures routières peuvent être aussi considérées comme des biens publics. Le bien public n'est donc pas équivalent aux « ouvrages publics » et plus généralement aux « services publics » du droit administratif français même si la conceptualisation économique semble pertinente.

b. Le problème de la surexploitation des ressources collectives

Nous nous intéresserons ici aux biens collectifs et aux biens de type club (pour les membres du club). Nous chercherons à connaître l'impact de l'absence de la propriété d'exclusion. Nous présenterons successivement la tragédie des communs (1) et la tendance à la surexploitation des biens ou des ressources pour lesquels les individus ne payent pas le coût « réel » de son usage(2) – qui constitue simplement une extension du problème mis au jour par la tragédie des communs.

1. la tragédie des communs

Ce problème a été présenté pour la première fois par Garrett Hardin⁸⁴⁵. Il constitue une base importante sur laquelle de nombreuses réflexions en matière de protection de l'environnement se sont érigées et peut être perçu comme une critique de la possibilité de la collectivisation des ressources. L'article montre les limites du principe de liberté pour l'allocation des ressources notamment lorsqu'il s'agit de l'usage de biens collectifs.

Hardin prend pour point de départ un pâturage ouvert à tous. Le bien est rival puisque l'utilisation par un individu diminue l'utilisation que peut en faire un autre individu. Le bien ne permet pas d'exclure certains individus en raison de l'hypothèse⁸⁴⁶. Les individus sont supposés rationnels et cherchent à maximiser leur utilité et donc à connaître l'utilité qu'ils retireraient de l'addition d'un animal supplémentaire sur le pâturage⁸⁴⁷. En ajoutant un animal, l'individu va pouvoir obtenir un gain supplémentaire puisque la vente de cet animal lui rapportera de l'argent. En revanche, le coût lié à l'addition d'un animal supplémentaire sur le pâturage sera supporté par

⁸⁴⁵ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 1968, *Science*, vol 162, pp 1243-1248; les économistes s'intéressent plus à certaines parties de l'article comme la partie intitulée « *tragedy of freedom in a commons* ». L'article en lui-même reste bien plus riche et se centre avant tout sur une question démographique. Nous n'aurons cependant pas l'occasion de le présenter en totalité et nous nous contenterons d'une approche traditionnelle.

⁸⁴⁶ Hardin n'utilise pas les catégories économiques explicitement : nous faisons une lecture économique de son article.

⁸⁴⁷ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, op cit, p 1244 (col 3).

l'ensemble des éleveurs : l'herbe mangée par un animal supplémentaire ne sera plus disponible pour l'ensemble des animaux qui vont paître. Hardin peut alors conclure que « *the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another... But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy... Freedom in a commons brings ruin to all* »⁸⁴⁸. Le résultat présenté par Hardin est sans appel et impose une action qui dépasse le marché. Il n'est pas non plus sans rappeler la logique du dilemme du prisonnier.

Comme le note Hardin, le problème de la pollution peut être interprété à l'aide de cette structure (il ne s'agit plus de prendre quelque chose mais de déverser quelque chose dans la ressource commune) : « *the rational man finds that his share of the cost of the wastes he discharges into the commons is less than the cost of purifying his wastes before releasing them* »⁸⁴⁹. Autrement dit, le fait pour un individu de ne pas payer entièrement le coût lié à ses actions⁸⁵⁰ – l'écart entre le coût privé et le coût public – le conduit à agir d'une façon qui n'est pas socialement désirable (sans qu'il soit nécessaire de connaître précisément le niveau désirable, la justification est ici procédurale : c'est l'écart entre le coût public et le coût privé qui permet de qualifier la situation).

Il est possible de lutter contre ce type de problème par la législation⁸⁵¹ : soit via des quotas, soit via une « privatisation » des propriétés collectives. Les quotas de pêche permettent d'éviter une surexploitation des mers et océans mais sont rarement compris par les individus qui raisonnent avant tout en fonction de leurs intérêts propres. L'interdiction de la chasse à certaines périodes de l'année suit la même logique. Hardin fait une référence à la « privatisation » des propriétés collectives dans un commentaire intéressant : « *As the human population has increased, the commons has had to be abandoned in one aspect after another. First we abandoned the commons in food gathering, enclosing farm land and restricting pastures and hunting and fishing areas* »⁸⁵². En un sens, avec l'augmentation de la

⁸⁴⁸ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, op cit, p 1244 (col 3).

⁸⁴⁹ Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, op cit, p 1245 (col 2)

⁸⁵⁰ Le problème du calcul du coût est évident dans la mesure où ce calcul suppose que l'ensemble des éléments qu'une situation doit intégrer soit connu et que le calcul ait un sens. Quel est le coût d'une tonne de CO2 déversée dans l'atmosphère ? Un tel calcul est loin d'être simple. Nous reviendrons dans la seconde partie de notre thèse sur la problématique de l'évaluation du coût qui est central pour la logique économique.

⁸⁵¹ D'autres solutions ont été avancées comme la vente de la totalité de la ressource au plus offrant ou encore la constitution d'une société dont l'objet est l'exploitation de la ressource. Ceci correspond à une forme de privatisation des ressources. Sur ce point, voir Michael Trebilcock, *An Introduction to Law and Economics*, 1997, *Monash University Law Review*, vol 23, pp 123-158, spécialement pp 139-140 ; voir aussi (nous retrouvons en fait les mêmes conclusions), Michael Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, Harvard University Press, Cambridge, 310 pages, spécialement pp 14-15.

⁸⁵² Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, op cit, p 1248

population les bénéfices de l'institution et du maintien d'un système de droits de propriété augmentent et tendent à dépasser les coûts liés à cette institution et à son maintien⁸⁵³.

La prise en compte de ce problème peut aussi être à l'origine de l'émergence (et de la survivance) de normes « morales » et notamment de l'idée de juste répartition des ressources communes (émergence liée à la répétition du jeu et à l'apprentissage des différents acteurs)⁸⁵⁴. Le respect de l'impératif catégorique kantien permettrait par exemple d'éviter de tels problèmes puisque justement ces problèmes apparaissent car les individus ne tiennent compte que de leur propre calcul. Le lien entre l'efficacité et la théorie sous-jacente de la rationalité est ici déterminant. Signalons d'ailleurs que l'idée de main invisible de Smith ne peut se comprendre, et être acceptable, que si nous prenons en compte la dimension « morale » de l'homme qu'il insérerait dans son approche.

2. extension : tendance à la surexploitation des biens pour lesquels les individus ne payent pas le coût « réel » de leur usage

La tragédie des communs peut être étendue à l'ensemble des cas dans lesquels les individus ne payent pas le coût réel de leur activité notamment parce que ce coût est mutualisé alors que les bénéfices sont purement privés. L'individu rationnel cherche à maximiser son utilité, c'est-à-dire à atteindre le point pour lequel son bénéfice marginal est égal à son coût marginal. Il est dès lors évident qu'un individu va avoir tendance à surexploiter un bien pour lequel il ne paye pas la totalité du coût (la sécurité sociale) et sous exploiter un bien pour lequel il ne bénéficie pas de la totalité du bénéfice tout en payant la totalité du coût (les innovations non protégées juridiquement). Les idées de permis à polluer ou de dommages punitifs en droit américain peuvent se justifier sur cette base.

Nous retrouverons cette problématique lorsque nous évoquerons les externalités (ce genre de phénomène entre parfaitement dans la catégorie des externalités... tout comme la totalité des « défaillances » de marché).

⁸⁵³ Nous retrouvons une telle logique par exemple dans Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 23

⁸⁵⁴ Nous aurons l'occasion de revenir très largement sur l'idée d'émergence des normes dans la suite de notre thèse. Pour l'influence de la tragédie des communs, on pourra se référer à Ravij Sethi et E. Somanathan, Norm Compliance and Strong Reciprocity, 2001, in Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd and Ernst Fehr, *Moral Sentiments and Material Interests, The Foundation of Cooperation in Economic Life*, 2005, MIT Press, Cambridge, 416 pages, pp 229-250

c. Le problème de la production inefficace des biens publics.

Un bien public est un bien qui n'est pas rival (sauf embouteillage) et qui ne permet pas d'empêcher certains individus d'utiliser le bien une fois qu'il a été construit. Ce type de bien est produit de façon insuffisante en raison du problème du passager clandestin (1). Le problème de production des biens publics est évident lorsque celui-ci est formalisé grâce à la théorie des jeux (2).

1. Le problème du passager clandestin

Si une fois produit, le bien est susceptible de bénéficier à tous (parce qu'il ne permet pas d'exclure certains individus, notamment ceux qui n'ont pas participé au financement de ce bien), au niveau individuel, les individus peuvent ne pas avoir intérêt à participer au financement de la création de ce bien. En effet, pourquoi participeraient-ils s'ils peuvent bénéficier de ce bien sans avoir participé à sa construction ? Cette question est connue sous le nom du problème du passager clandestin, c'est-à-dire de l'individu qui va (ou souhaite) recevoir les bénéfices d'un bien ou d'un service sans en payer le prix.

Supposons qu'un village décide de faire de la publicité afin d'attirer des touristes. Ces touristes profiteront à l'ensemble de l'économie du village et notamment aux entreprises. Supposons, par simplicité, que la publicité ait un coût de 1000€ et qu'il soit possible de prévoir des retombées économiques de 200€ pour les 10 entreprises du village avec une répartition égalitaire. Il est évident que, dans ce cas, la publicité est une bonne chose puisque le coût est inférieur au bénéfice attendu. Néanmoins, la publicité faite, toutes les entreprises, qu'elles aient ou non participé à son financement, en bénéficieront. Elles auront donc intérêt à mentir sur leurs préférences afin que le bien soit financé par les autres entreprises. Elles peuvent même réclamer une « contrainte » en la matière. Dans les cas les plus extrêmes, les biens de ce genre ne seront pas produits.

Le financement par l'impôt de biens de cette sorte apparaît donc comme une solution potentielle, s'il est possible pour le décideur de connaître la réelle valeur de chaque bien ou service public (au sens économique ici). Parfois la solution est plus radicale puisque le bien devient quasiment un bien privé : il suffit de penser aux brevets d'inventions (sans protection, l'incitation à innover serait extrêmement faible, sauf à engendrer une prime pour le premier entrant), aux partitions de musique, et d'une manière générale à tout ce qui relève de la propriété intellectuelle⁸⁵⁵.

⁸⁵⁵ D'une manière générale, on pourra se référer à William Landes et Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, op cit.

Remarquons que ce problème ne survient que si nous supposons que les individus sont rationnels au sens néoclassique du terme, ce qui n'est pas empiriquement le cas (sauf à ajouter des paramètres dans les préférences des individus). L'existence du phénomène de charité ou d'altruisme peut ainsi permettre de dépasser ce genre de problèmes (même si ces phénomènes sont rationalisables dans le cadre de la rationalité néoclassique « pure »). Par simplicité néanmoins, nous resterons dans le cadre de la rationalité néoclassique dans la mesure où elle constitue le socle de l'économie standard et constitue plus une formalisation de la logique des choix qu'une « détermination » des choix effectivement réalisés. L'influence du modèle de rationalité sur les résultats n'est cependant pas à négliger.

2. L'inefficience de la production des biens publics par le marché, formalisation dans le cadre de la théorie des jeux

La théorie des jeux nous aide à mieux saisir l'inefficience de la logique marchande afin de fournir des biens publics. Rappelons que nous raisonnons dans un univers où le jeu n'est pas nécessairement répété puisque cette répétition permettrait de faire émerger des solutions potentiellement efficaces⁸⁵⁶. Nous verrons ainsi que l'altruisme peut s'expliquer à partir d'une logique évolutionnaire et donc engendrer un opportunisme moindre des agents économiques.

Supposons qu'un village fasse l'objet d'assauts de la part de villages voisins. Un moyen pour éviter ce type de problème serait d'employer des veilleurs susceptibles de donner l'alerte. Un veilleur coûte 1000€ par mois et le village compte 100 personnes (50 personnes pour la famille A et 50 personnes pour la famille B). Supposons que le gain engendré par le veilleur soit le même pour chacune des familles, 2000€ par mois. Il est clair que même si une famille ne participe pas à la création du bien, il est efficient pour l'autre famille de financer celui-ci. Une telle situation est connue sous le nom du jeu de la « poule mouillée ». Ce jeu ressemble au dilemme du prisonnier sauf qu'il ne dispose d'aucun équilibre : la meilleure stratégie si l'un paye est de ne pas payer et si l'un ne paye pas de payer. Nous avons ainsi le jeu suivant :

⁸⁵⁶ Cette restriction est nécessaire en raison de l'influence du *folk theorem*. Nous devrions ajouter que nous supposons aussi que les coûts de transaction sont nuls afin de ne pas nous retrouver dans la situation du théorème de Coase.

		Famille A	
		paye	Ne paye pas
Famille B	options		
	paye	5, 5	3, 7
	Ne paye pas	7, 3	1, 1

Matrice 5. *Jeu de la poule mouillée et biens publics*

Une façon de neutraliser les cases asymétriques serait de passer par un vote pour le financement du veilleur sachant que si le vote est positif, tout le village doit participer à son financement. En tout état de cause, la simple rationalité des joueurs ne permet pas d'assurer la production efficiente des biens publics.

Nous pouvons aussi retrouver un jeu du type dilemme du prisonnier. Supposons que le village souhaite procéder au tir d'un feu d'artifice. Si les deux familles participent, le tir sera sublime (et chacune gagnera 5). Si aucune famille ne participe, le tir n'aura pas lieu (et chacune gagnera 3). Si une seule famille participe, le tir pourra être vu par les membres de l'autre famille (qui gagneront 6, possibilité de voir le feu d'artifice et satisfaction liée au fait que le spectacle soit gratuit) et le tir sera d'une qualité médiocre (si bien que la famille qui a payé en retirera seulement 2 (beauté du feu d'artifice 4- coût pour le financement de 2)).

		Famille A	
		paye	Ne paye pas
Famille B	options		
	paye	5, 5	2, 6
	Ne paye pas	6, 2	3, 3

Matrice 6. *Dilemme du prisonnier et biens publics*

Dans un tel cas, le tir n'aura pas lieu dans la mesure où la meilleure stratégie de chacune des familles est de ne pas contribuer au financement de ce tir. Seule une contrainte permettra de sortir de cette situation.

Les biens publics sont d'une telle nature qu'il est possible pour certaines personnes d'en bénéficier sans avoir à en payer le prix. La production de tels biens sera nécessairement inefficace, notamment en raison des incitations stratégiques à ne pas révéler ses préférences (pour ne pas avoir à contribuer au financement d'un bien public). Le droit et les normes sociales ne peuvent qu'en partie remédier à ces problèmes et même émerger pour faire face à des situations de ce type.

4. Monopoles / oligopoles

La présence d'oligopoles et de monopoles est contraire à l'hypothèse d'atomicité des marchés en concurrence pure et parfaite. Dès lors que dans de telles situations les entreprises ne sont plus des « preneurs de prix » le coût marginal est différent du coût moyen et l'équilibre obtenu est différent de l'équilibre concurrentiel (les prix sont plus élevés et les quantités produites moins importantes). Techniquement, l'inefficacité n'est que relative à la solution obtenue par l'équilibre concurrentiel et rien ne permet d'affirmer que cet équilibre peut être atteint, si bien qu'il est possible de critiquer l'approche néoclassique de ces questions (ce que fait par exemple l'économie autrichienne).

Nous présenterons tout d'abord le cas du monopole en faisant apparaître le problème du poids mort (1). Nous nous pencherons ensuite sur la question de l'oligopole (2).

Le raisonnement économique « standard » que nous développerons est souvent sous-jacent au droit de la concurrence. Notre présentation sera sommaire ; nous ne fournirons que les éléments de base permettant l'utilisation de ces nouvelles catégories économiques. Chacune de ces catégories fait en effet l'objet d'une très abondante littérature et nous ne souhaitons nous intéresser qu'à l'aspect « défaillance du marché » dans cette situation. Nous ne nous pencherons pas sur les moyens juridiques permettant de lutter contre les effets néfastes des monopoles dans la mesure où il ne s'agit pas de l'objet de ce chapitre. Il est néanmoins utile de garder à l'esprit que certains des problèmes mentionnés ont donné lieu à des réponses juridiques.

Nous ne traiterons pas ici de la situation symétrique du monopsonne et de l'oligopsonne qui correspondent respectivement à l'existence d'un seul acheteur ou d'un petit nombre d'acheteurs sur le marché.

a. les monopoles et le poids mort

L'inefficacité allocative relative à l'existence d'un monopole résulte de ce que les économistes appellent le poids mort du monopole, correspondant à la perte de surplus total par rapport à la

situation de l'équilibre concurrentiel dans laquelle les firmes ne font aucun profit économique (1). Raisonner sur le monopole oblige néanmoins à distinguer entre différents types de monopoles (2) afin de pouvoir identifier leur réel impact sur l'allocation des ressources.

1. présentation du problème et représentation graphique

Si nous sommes dans une situation de monopole, l'entreprise a une influence sur les prix et donc sur la quantité vendue (puisque le prix détermine la quantité vendue conformément à la loi de l'offre et de la demande).

Supposons par exemple qu'un monopole puisse vendre 10 unités d'un bien à 50€, son revenu total sera alors de 500€. S'il souhaite vendre 11 unités, il devra baisser son prix, par exemple à 48€, ce qui conduit à un revenu total de 528€. Dans ce cas, la recette marginale est de 28€ (48€ pour la vente du produit moins 20€ lié à la perte de 2€ pour la vente des 10 premières unités). Cette recette marginale est inférieure au prix de vente et tend à diminuer (puisque la courbe de demande diminue elle aussi). Si le coût marginal est inférieur à 28€, le monopole cherchera à savoir si la vente d'une unité supplémentaire est possible, autrement dit si en vendant une unité supplémentaire son bénéfice marginal reste supérieur à son coût marginal. Supposons que son coût marginal soit effectivement de 28€ (pour produire 11 unités et un peu plus pour en produire 12 ; par simplicité nous supposons que le coût marginal est le même entre 11 et 12 unités), s'il produit une unité de plus, et qu'il vend chaque unité 46€, son revenu total sera de 552€. Son bénéfice marginal sera de 24€. Autrement dit produire une unité de plus lui coûtera 28€ pour un gain marginal de 24€, il décidera donc de ne pas vendre plus de 11 unités.

Dans une situation de concurrence pure et parfaite, par contre, il suffit à l'entreprise de continuer à produire tant que le coût marginal de la dernière unité produite reste inférieur au prix de vente déterminé par le marché (dans un marché en concurrence pure et parfaite, le prix de vente correspond au coût moyen qui lui-même correspond au coût marginal ; tout se passe comme si la courbe de demande était horizontale). Une entreprise est une preneuse de prix, elle n'a aucune influence sur les prix. Si toutes les entreprises sont identiques et que le coût marginal est de 28€, les prix tendront à s'équilibrer autour de 28€ et les entreprises produiront tant que le coût marginal restera inférieur ou égal à 28€.

L'équilibre du marché concurrentiel est représenté par le point E dans le graphique ci-dessous. Il est évident, au regard de ce dernier, que la quantité produite en situation de monopole est moins importante que dans le cas de l'équilibre concurrentiel. Les prix sont plus élevés (point A par rapport au point E). Ceci résulte du fait que la recette marginale est différente du coût marginal

(graphiquement la courbe de recette marginale étant inférieure à la courbe de demande, le prix de vente d'un produit sera toujours supérieur à la recette marginale et résultera donc d'une « inefficience »).

La différence dans le surplus global est appelé poids mort du monopole⁸⁵⁷. Il correspond à la perte d'efficacité allocative (puisque'en vendant une unité de plus, le surplus total augmente) lorsque le marché est dominé par une seule entreprise (dans notre schéma il correspond au triangle ABE). Cette perte d'efficacité constitue la raison économique fondamentale pour lutter contre l'émergence de monopoles (lorsqu'ils ne sont pas nécessaires).

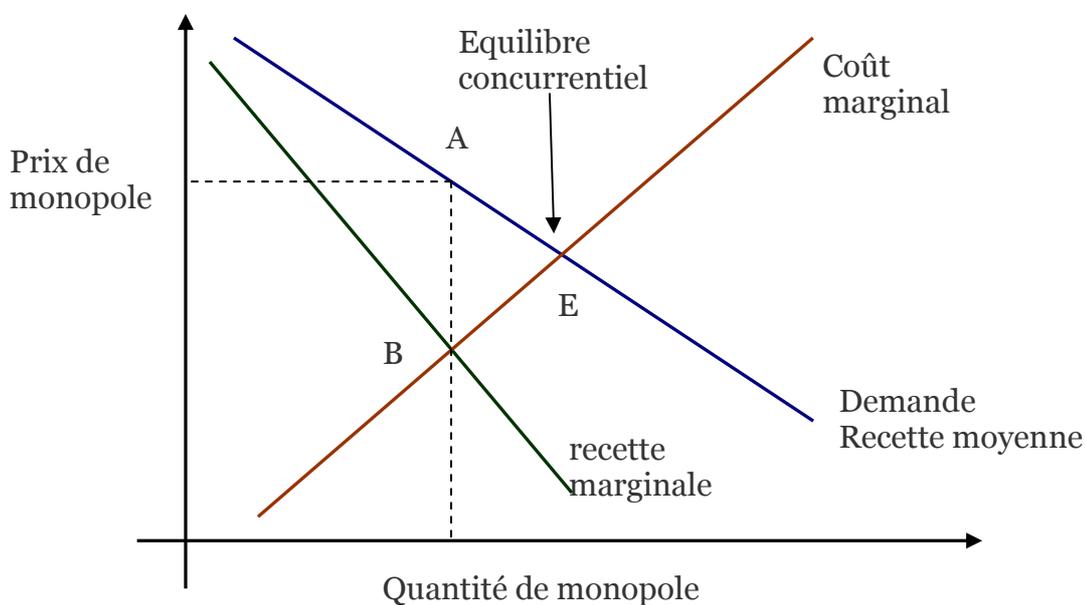


Figure 10. *Equilibre du monopole et équilibre concurrentiel*

Pour bien comprendre l'impact d'un monopole dans la perte d'efficacité, il faudrait pouvoir évaluer l'importance de ce poids mort pour l'économie réelle. Les évaluations sur ce sujet varient. Harberger est l'un des premiers à avoir initié cette recherche⁸⁵⁸. D'après ses estimations, la perte

⁸⁵⁷ Notons que certaines techniques permettent de réduire, voire de faire disparaître ce poids mort. L'idée de faire payer différentes catégories d'utilisateurs des prix différents pourrait permettre, si cette discrimination est « parfaite » de faire disparaître ce poids mort (néanmoins dans ce cas le surplus sera accaparé par le monopole).

⁸⁵⁸ Arnold Harberger, Monopoly and Resource Allocation, 1954, *American Economic Review*, vol 44, pp 77-87.

représenterait entre 0,1% et 1% du produit national brut. Malgré de nombreuses critiques⁸⁵⁹, d'autres études arrivent à peu près à la même conclusion⁸⁶⁰. McKenzie affirme même que : « *economists' standard static model of monopoly exaggerates in various ways the harm done by the prevalence of monopolies in a market economy* »⁸⁶¹. Certains économistes considèrent même que les monopoles ne sont un problème que lorsqu'ils ont une origine légale.

Outre le problème de l'allocation des ressources, le monopole peut aussi entraîner des investissements qui ne maximisent pas le bien-être social dans la mesure où ils ont pour effet de protéger le monopole⁸⁶². Un monopole investirait moins en recherche et développement⁸⁶³, ce qui aurait des conséquences sur l'efficacité dans le long terme. On pourrait aussi penser que le monopole jouissant de superprofits soit moins regardant sur les gaspillages de ressources. La raison principale de la lutte contre les monopoles reste néanmoins leur effet sur l'allocation des ressources.

2. Distinction entre les différents types de monopoles

Nous venons de présenter la raison économique fondamentale (et schématique) conduisant à lutter contre l'apparition des monopoles. Cette raison est liée à la comparaison, statique, entre l'économie de marché en concurrence et l'économie au sein de laquelle un monopole agit. On présuppose donc, afin de conclure à l'inefficacité du monopole, qu'il est possible que le secteur dans lequel il agit devienne un secteur concurrentiel. Si le monopole constitue le seul moyen pour fournir un bien ou un service, il n'est pas nécessairement inefficace dans la mesure où précisément il s'agit du seul moyen. De même si la monopolisation est une condition de l'innovation, la possibilité du monopole devient non plus pénalisante pour l'allocation des

⁸⁵⁹ Par exemple Georges Stigler, 'The Statistics of Monopoly and Merger, 1956, *Journal of Political Economy*, vol 64, pp 33-40; Abraham Bergson, 'On Monopoly Welfare Losses, 1973, *American Economic Review*, vol 63, pp 853-870.

⁸⁶⁰ Par exemple, D. A Worcester, 'New Estimates of the Welfare Loss to Monopoly: US 1956-69, 1973, *Southern Economic Journal*, vol 40, pp 234-246

⁸⁶¹ Richard McKenzie, 'Monopoly : A Game Economists Love to Play – Badly !, 2004, *Southern Economic Journal*, vol 70, pp 715-730

⁸⁶² Par exemple Richard Posner, 'The Social Costs of Monopoly and Regulation, 1975, *Journal of Political Economy*, vol 83, pp 807-828

⁸⁶³ Partha Dasgupta et Joseph Stiglitz, 'Uncertainty, Industrial Structure, and the Speed of R&D, 1996, *Bell Journal of Economics*, vol 11, pp 1-28. En créant de nouveaux produits, le monopole peut se faire concurrence à lui-même dans une perspective diachronique.

ressources (dans une conception statique) mais conduit à une véritable dynamique du marché. Cet argument n'est pas nouveau puisqu'il a été signalé dès les années 1940 par Schumpeter⁸⁶⁴.

Les économistes distinguent alors plusieurs types de monopoles : les monopoles naturels, les monopoles légaux et les monopoles d'innovation (qui peuvent, eux aussi, bénéficier d'une protection légale). Chacun de ces types a des conséquences différentes sur le fonctionnement du marché.

Le monopole naturel correspond à la situation où un seul opérateur est présent en raison de l'importance des économies d'échelle ou des investissements à réaliser. Dans ce cas, il est moins coûteux pour une seule firme de produire les biens que d'éclater le marché pour que l'offre provienne d'un certain nombre d'opérateurs. Finalement un véritable monopole naturel ne doit pas avoir à faire face à de nouveaux entrants sur le marché même si le monopole génère des profits supérieurs à la situation de concurrence pure et parfaite. Par exemple, dans le cadre des télécommunications, il a fallu construire le réseau. Il est évident que cette construction est moins coûteuse si une seule entreprise en est chargée puisque des doublons sont évités. Ce type de monopole n'entraîne pas véritablement une allocation inefficace des ressources dans la mesure où une structure de concurrence serait moins efficace.

Le monopole légal signifie que l'Etat, par le biais du droit, protège directement le monopole en interdisant à d'autres entreprises d'entrer sur le marché. Certains monopoles légaux peuvent se justifier (ou se légitimer) par l'idée de service public (par exemple, la police nationale bénéficie de privilège) et sont généralement la propriété de l'Etat. L'ANPE détenait un monopole en matière de placement des chômeurs avant la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 (loi 2005-32)⁸⁶⁵. Les grands monopoles nationaux jouissaient, eux aussi d'une protection juridique qui tend à diminuer avec la mise en place du marché intérieur et la jurisprudence de la CJCE relative à l'abus de position dominante.

Les monopoles d'innovation bénéficient d'une situation de monopole dans la mesure où ils disposent d'une technique de production, d'un savoir faire ou de produits sans équivalent sur le marché. Ces monopoles sont classiquement (mais pas toujours) à la fois protégés et restreints par le droit de la propriété industrielle ou le droit de la propriété intellectuelle. Le droit de propriété

⁸⁶⁴ Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, Harper & Row, New York, 381 pages, spécialement chapitres 7 et 8 ; p 83 il affirme même que « *A system – any system, economic or other, that at every given point of time fully utilizes its possibilities to the best advantage may yet in the long run be inferior to a system that does so at no point of time, because the latter's failure to do so may be a condition for the level and speed of long run performance* ». Ce point fera l'objet d'un développement tout particulier dans la suite de notre thèse.

⁸⁶⁵ Par ricochet, cette loi prend en compte la jurisprudence de la CJCE et notamment son arrêt Höfner et Elser contre Macroton, affaire C-41/90, 1991, Recueil I-1979.

d'un brevet est par exemple limité par la règle de l'épuisement du droit qui est généralement de 20 ans (L 611-2, 1° du code de la propriété intellectuelle). Il en va de même en ce qui concerne les droits d'auteurs. La protection de l'« innovation » est une nécessité pour favoriser le développement de celle-ci et donc la dynamique concurrentielle.

Parfois, les monopoles résultent d'une situation de fait dans la mesure où l'entreprise propose un nouveau produit ou un produit difficilement « copiable » sur le marché (la recette du « Coca Cola » ou du « Nutella »). La possibilité pour une entreprise d'atteindre le monopole constitue une motivation qui paradoxalement bénéficie à la concurrence⁸⁶⁶ par exemple en stimulant la recherche ou en cherchant de nouvelles « niches ». Ce point a déjà été signalé par Schumpeter. Nous y reviendrons lorsque nous présenterons une approche dynamique de la notion d'efficience.

b. les oligopoles et les questions stratégiques

Si un petit nombre d'entreprises se trouve sur le marché, chacune peut avoir un pouvoir dans la fixation du prix via notamment le niveau de production choisi ; ces firmes ont donc techniquement un pouvoir de marché⁸⁶⁷. Le risque est alors juridiquement celui d'une entente entre les entreprises du marché pour diminuer les quantités et augmenter mécaniquement les prix ; les entreprises du marché en oligopole chercheront à pratiquer le prix du monopole.

Plus le nombre d'entreprises sur le marché est important (et on considère que dès lors que le chiffre passe 3 l'entente ne peut être durable) plus il sera difficile de mettre en place une entente dans la mesure où les coûts de contrôle du respect de celle-ci tendent à devenir prohibitif. Dans un marché en concurrence pure et parfaite, une telle entente est quasiment impossible.

La situation des oligopoles est analysée à l'aide de la théorie des jeux, le duopole constituant l'armature de base du raisonnement⁸⁶⁸. En effet, chacune des entreprises du marché ayant un

⁸⁶⁶ La notion de concurrence utilisée par l'approche néoclassique et par une approche dynamique est très différenciée. On pourra se reporter pour plus de précisions à Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit. Remarquons aussi que la notion de concurrence monopolistique initiée par Chamberlain, qui correspondrait à une situation dans laquelle les firmes vendent des produits similaires mais qui ne sont pas identiques, apparaît rarement dans les modèles d'analyse économique du droit.

⁸⁶⁷ Finalement la « défaillance » de marché est liée dans le cas des monopoles et des oligopoles à l'existence d'un pouvoir de marché. Voir pour plus de précisions Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, chapitre 12

⁸⁶⁸ On distingue ainsi les modèles simultanés à la Bertrand (chaque entreprise détermine son prix de vente), à la Cournot (chaque entreprise détermine la quantité produite) et les modèles séquentiels du type Stackelberg. Ces modèles étant mathématiques nous ne les développerons pas ici dans le détail. On pourra se reporter aux ouvrages de microéconomie

pouvoir de fixation des prix ou de détermination de la quantité produite, la maximisation du profit d'une entreprise nécessitera de tenir compte du comportement des autres entreprises.

Si la concurrence pour des produits identiques se fait uniquement sur les prix (cas par exemple du duopole à la Bertrand), on montre que l'équilibre atteint est celui de l'équilibre concurrentiel. Les hypothèses du modèle sont assez particulières puisque l'entreprise qui propose le prix le plus bas approvisionne l'ensemble du marché. Le raisonnement est assez simple : tant que le prix est supérieur au coût marginal, chaque entreprise a intérêt à baisser ses prix ; lorsque le prix est égal au coût marginal aucune entreprise n'a intérêt à baisser ou à augmenter les prix. Dans le premier cas elle ferait des pertes, dans le second elle ne vendrait rien du tout. La guerre des prix n'est donc pas véritablement une solution dans ce cas⁸⁶⁹. Si les produits ne sont pas parfaitement homogènes (c'est le cas général) les résultats peuvent être très différents⁸⁷⁰.

Si la concurrence se fait sur les quantités produites (modèle de Cournot par exemple), il est possible, en simplifiant légèrement, de retrouver une situation du type dilemme du prisonnier. Supposons par exemple que nous ayons deux entreprises sur un marché et que chacune a le choix entre produire beaucoup ou produire peu. Nous pourrions avoir la matrice suivante :

		Firme A	
		basse	importante
Firme B	production		
	basse	5, 5	2, 6
	importante	6, 2	3, 3

Matrice 7. *Oligopole et dilemme du prisonnier*

⁸⁶⁹ Le problème est plus ardu puisque la menace de guerre des prix peut permettre à une entreprise de conserver un certain pouvoir de marché. L'interdiction des prix prédateurs en droit de la concurrence vise explicitement à éviter ce genre de situation et à permettre un accès plus facile au marché... encore faut il que la menace soit crédible, point que nous ne développerons pas ici.

⁸⁷⁰ Nous ne présenterons pas ici les résultats. On pourra se reporter à Harold Hotelling, *Stability in Competition*, 1929, *Economic Journal*, vol 39, pp 41-57 ou encore pour des résultats partiellement différents, C. D'Aspremont, J. Jaskold Gabszewic et J.F. Thisse, *On Hotelling's « Stability in Competition »*, 1979, *Econometrica*, pp 1145-1150 (les auteurs finissent l'article en indiquant l'importance la différenciation des produits pour la concurrence dans le cadre d'un oligopole).

Dans ce cas, l'équilibre correspondra au cas dans lequel chaque entreprise produit de façon importante, même si cette situation est la moins favorable aux entreprises. Bien évidemment, il faut réserver le cas du jeu répété qui pourrait conduire à des résultats différents.

On peut montrer que dans le cas où chaque firme décide de la quantité produite, le prix d'équilibre est inférieur au prix de monopole mais supérieur au prix de la concurrence pure et parfaite. La quantité d'équilibre est supérieure à la quantité produite en situation de monopole mais inférieure à la quantité produite en concurrence pure et parfaite⁸⁷¹. L'allocation des ressources est donc inefficace dans une telle situation, que le jeu soit simultané (modèle de Cournot) ou séquentiel (modèle de Stackelberg).

Il est important de signaler que les conséquences de la situation oligopolistique sur l'efficacité allocative dépendent *in fine* de la nature de la concurrence (sur les prix, sur les produits ou sur les quantités). Si les produits sont homogènes, les rendements constants et qu'il y a une forte concurrence sur les prix, il est tout à fait probable que la situation ne soit pas inefficace. En revanche, si ce n'est pas le cas, on pourra rencontrer des inefficacités plus ou moins importantes. Néanmoins, la nature de la concurrence ne fait pas véritablement l'objet d'une analyse par le modèle néoclassique et serait même pour Hayek l'inverse exact de la logique de la concurrence.

Dès lors qu'une ou plusieurs entreprises détiennent un pouvoir de marché l'allocation des ressources sera inefficace (prix trop élevé et quantité trop faible), comparée à la situation de concurrence pure et parfaite (qui n'est cependant pas toujours possible). Le raisonnement se fonde par ailleurs sur une comparaison statique et non dynamique du marché. Des développements plus importants sur cette dernière question seront abordés par la suite. Signalons toutefois que ces « défaillances » du marché n'en sont pas nécessairement et peuvent même contribuer à l'efficacité du marché sur le long terme comme l'a montré Schumpeter.

5. externalités

a. La notion d'externalité est une notion qui se retrouve régulièrement dans les raisonnements des économistes du droit dans la mesure où elle pose la question de l'intervention de l'État. L'article de Coase, *The Problem of Social Cost*, traite d'ailleurs d'un problème « d'externalité » en avançant l'idée que la résolution du problème ne passe pas nécessairement par une intervention de l'État mais pourrait trouver une solution par le marché⁸⁷². Les externalités sont au cœur de la

⁸⁷¹ Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, spécialement pp 390-391

⁸⁷² Nous reviendrons sur cet article et les différentes interprétations qui peuvent en résulter par la suite. La présentation choisie correspond ici à l'interprétation néoclassique qui semble manquer un des apports de l'article.

critique de l'efficience allocative des marchés⁸⁷³, même si les recherches en la matière ont très fortement évoluées.

Le concept d'externalité n'est pas récent et il serait possible d'en trouver les origines chez Sidgwick. Dès 1883, il développe, sans véritablement la formaliser, l'idée d'externalité : « *In the first place, there are some utilities which from their nature, are practically incapable of being appropriated by those who produce them or who would otherwise be willing to purchase them. For instance, it may easily happen that the benefits of a wellplaced lighthouse must be largely enjoyed by ships on which no toll could be conveniently imposed. So, again, if it is economically advantageous to a nation to keep up forests, on account of their beneficial effects in moderating and equalising rainfall, the advantage is one which private enterprise has no tendency to provide; since no one could appropriate and sell improvements in climate* »⁸⁷⁴. C'est néanmoins Pigou⁸⁷⁵ qui popularisera la notion en préconisant l'intervention de l'Etat lorsque des externalités surviennent.

D'une manière générale⁸⁷⁶, chaque fois que l'acte de consommation ou de production d'un agent va avoir un impact sur l'utilité d'un autre agent sans que cet impact se traduise par une variation du prix ou de la quantité produite, nous sommes face à un problème d'externalité. En termes plus techniques, l'externalité se traduit par une interdépendance de la fonction d'utilité, sachant qu'une ou plusieurs variables de cette fonction ne dépendent pas de l'agent lui-même, sans que cette interdépendance donne lieu à échange ou à compensation monétaire. Lord Diplock dans la décision *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* de 1970⁸⁷⁷ utilise directement le concept d'externalité

⁸⁷³ C'est ainsi que commence l'article : James Buchanan et W Craig Stubblebine, Externality, 1962, *Economica*, vol 29, pp 371-384, spécialement p 371

⁸⁷⁴ Henry Sidgwick, *The Principles of Political Economy*, [1883, 1er] 1901, 3e, MacMillan and Co, London, 592 pages, p 406. Il pourrait même figurer comme un précurseur de la solution apportée par Coase puisqu'à la page 413 il écrit : « *It does not follow that whenever laisser faire falls short government interference is expedient, since the inevitable drawbacks of the latter may, in any particular case, be worse than the shortcomings of private enterprise* »

⁸⁷⁵ Arthur Cecil Pigou, *Economics of Welfare*, [1920, 1er] 2001, Transaction Publishers, London, 876 pages, spécialement p 183: « *The essence of the matter is that one person, A, in the course of rendering services, for which payment is made, to a second person, B, incidentally also renders services or disservices to other persons (not producers of like services) of such a sort that payment cannot be exacted from the benefited parties or compensation enforced on behalf of the injured parties* »

⁸⁷⁶ Au sein du concept général d'externalité plusieurs types d'externalités ont été dégagés. Nous ne les développerons pas ici dans la mesure où elles ne font pas véritablement l'objet d'utilisation étendue en analyse économique du droit qui se contente du concept général. On signalera néanmoins le concept d'externalité privée et d'externalité publique (William Baumol et Wallace Oates, *The Theory of Environmental Policy*, 1988, Cambridge University Press, Cambridge, 312 pages, spécialement pp 14-15), ou encore les externalités Pareto pertinentes et Pareto non pertinentes (James Buchanan et W Craig Stubblebine, Externality, op cit, p 371, les auteurs considérant que seules les externalités Pareto pertinentes font l'objet d'une analyse de la part des économistes). Les définitions utilisées ne sont pas véritablement opérationnelles et totalement satisfaisantes. La définition retenue permet néanmoins de saisir l'essence de la notion d'externalité.

⁸⁷⁷ Donc avant la popularisation de l'analyse économique du droit.

pour résoudre un cas de droit de la responsabilité. Il écrit : « *In economic terms, the efficient allocation of resources usually requires an activity should bear its own costs. If it benefits from being able to impose some of its costs to other people (what economists call 'externalities') the market is distorted because the activity appears cheaper than it really is. So liability to pay compensation for loss caused by negligent conduct acts as a deterrent against increasing the cost of the activity to the community and reduces externalities* »⁸⁷⁸.

Si cet impact est négatif, la décision d'un agent ne sera pas efficiente au sens de Pareto puisque un individu souffrira de celle-ci. Il est plus délicat de savoir si la décision sera efficiente au sens de Kaldor Hicks dans la mesure où il faudrait effectuer une difficile analyse coûts-bénéfices.

En situation de concurrence pure et parfaite, le coût social marginal et le coût social individuel sont les mêmes, par définition. Si une transaction a lieu sur un marché en concurrence pure et parfaite et que seuls les individus dans la transaction sont affectés par celle-ci, la transaction améliore théoriquement le bien-être social.

Dans le cas d'une situation d'externalité, ces deux coûts sont différents⁸⁷⁹ (puisque les agents ne vont pas tenir compte du coût social) ce qui conduit à la surproduction des biens pour lesquels le coût social marginal est supérieur au coût social individuel et à la sous production des biens et services pour lesquels le coût social marginal est inférieur au coût marginal individuel. Les externalités sont donc susceptibles de produire des inefficiences dans l'allocation des ressources (relativement au modèle de concurrence pure et parfaite)⁸⁸⁰.

L'exemple typique en matière d'externalité est la pollution. Un individu ne va généralement pas payer pour prendre sa voiture alors que cette décision va avoir un impact sur la pollution atmosphérique. De même, une entreprise ne va habituellement pas tenir compte de la pollution qu'elle va dégager lorsqu'elle va prendre une décision de production (ou plus précisément ce paramètre ne sera pas évalué en fonction du coût social mais en fonction d'un intérêt marketing). Plus positivement, un individu ne sera pas rémunéré pour la beauté de ses décorations de Noël même si celles-ci améliorent l'utilité de certains individus. Une découverte scientifique théorique pourra être utilisée par tout individu. Parfois les externalités positives sont croisées comme dans le cas de l'apiculteur et de l'arboriculteur, l'un bénéficiant du pollen et l'autre de la pollinisation.

⁸⁷⁸ Dorset Yacht Co Ltd v Home Office, 1970, Appeal case pp 1004 et s., spécialement p 1060. La formulation est reprise par Lord Hoffman dans la décision Stovin v Wise, 1996, All England Law Reports, vol 3, pp 801 et s., spécialement p 809

⁸⁷⁹ C'est d'ailleurs ainsi que Pigou définissait les externalités.

⁸⁸⁰ Si la réflexion se fait à partir de ce qu'il est possible de réaliser, nous verrons que tout se complexifie.

b. Permettre une allocation efficiente des ressources passe par le problème de l'internalisation de ces externalités (autrement dit comment faire en sorte que les agents tiennent compte du coût social de leur action et non simplement du coût individuel de celles-ci ?). Plusieurs méthodes d'internalisation existent. Notre objectif est moins de présenter des solutions à ce problème que d'en comprendre la véritable nature, notre analyse ne sera donc pas détaillée.

Si l'Etat est omniscient, il est capable d'identifier l'optimum social et il peut donc imposer l'atteinte de tels niveaux. Evidemment lorsque l'Etat n'est pas omniscient le problème est plus complexe puisqu'il faudra réussir à évaluer les coûts et les bénéfices de l'externalité (par exemple de la dépollution) puis choisir de réglementer la situation soit par les prix, soit par la quantité. Les droits à polluer sont une solution directement issue des travaux des économistes. L'existence de certaines normes (pollution sonores) permet aussi de lutter contre certaines autres.

Il est possible de passer par le marché. Dans le cas de l'apiculteur et de l'arboriculteur (et à supposer que seuls ces deux parties soient affectées par la transaction), il pourrait être intéressant que l'un fusionne avec l'autre et que les décisions soient prises en commun. Comme le problème provient de l'incitation inefficace à la production efficiente, faire en sorte que les décisions soient prises en commun en tenant compte de l'ensemble des coûts et des bénéfices semble une solution assez « logique ».

Il est parfois possible que le problème se résolve par la négociation lorsque les coûts de transaction ne sont pas prohibitifs. S'il est possible d'améliorer l'efficience allocative dans le cas des externalités, la négociation entre les différentes parties pourrait permettre de trouver une solution. Nous retrouvons ici la logique proposée par Coase (même si son analyse est bien plus complexe) et le lien entre externalités et coûts de transaction : « *ultimately, the relevance of externalities must lie in the fact that they indicate the presence of some transaction costs. For if there were no costs of transacting, then the potential Pareto improvement could be realized by costless bargaining between self interested economic agents* »⁸⁸¹.

c. L'idée d'externalité comme défaillance de marché est cependant plus complexe, même lorsque le raisonnement relatif à l'efficience reste statique. En effet, si la réduction d'une externalité s'avère inefficace, la présence de celle-ci peut-elle être qualifiée de défaillance de marché ? Nous retrouvons les interrogations qui sont apparues lors de l'analyse du monopole : peut-il être qualifié nécessairement de défaillance du marché ?

⁸⁸¹ Carl Dahlman, The Problem of Externality, 1979, *Journal of Law and Economics*, vol 22, pp 141-162, p 142

Dahlman affirme avec raison que « *what is involved is a value judgment: if you believe that markets internalize everything, you will believe that externalities do not exist; on the other hand, if you believe that markets do not internalize side effects, you will believe in the persistence of externalities as deviations from an attainable optimum. This is not science; it is metaphysics: value judgments and political goals will enter into the determination of whether externalities occur in our world* »⁸⁸². La notion d'externalité ne devient plus qu'une catégorie qui, sous couvert d'objectivité, reste hautement subjective.

Ajoutons que la présence d'une externalité suppose de pouvoir la déceler ce qui n'est pas nécessairement le cas. Le plus souvent, les externalités sont découvertes après qu'elles ont véritablement eu des effets. Les constructions à l'amiante sont de bons exemples : la toxicité de l'amiante n'était pas connue, les découvertes scientifiques ayant montré ultérieurement la corrélation entre respirer de la poussière d'amiante et avoir le cancer. Peut-on pour autant dire qu'il y a eu une défaillance de marché ? Que l'externalité était bien présente, etc... ? Nous retrouvons le problème fondamental de la structure du modèle, l'externalité n'ayant de sens, comme toute « défaillance » du marché, que dans le cadre d'un modèle fournissant un point de référence. L'opposition entre « défaillances » du marché et « défaillances » du gouvernement modifie l'approche classique des problèmes⁸⁸³.

Remarquons aussi que de nombreuses « défaillances » de marché peuvent être réinterprétées dans le cadre des externalités. En effet, le problème du passager clandestin ou l'apport de la théorie des jeux mettent en évidence que l'utilité d'un individu dépend pour partie de l'action d'autres individus. L'action d'autres individus a donc une influence sur la fonction d'utilité d'un agent économique dans une telle situation. De même, en ce qui concerne le monopole, comme le fait remarquer Demsetz, « *A world in which negotiating costs are zero is a world in which no monopolistic inefficiencies will be present, simply because the buyers and seller both can profit from negotiations that result in a reduction and elimination of inefficiencies* »⁸⁸⁴. La remarque de Dahlman vaut donc pour l'ensemble de ces éléments.

Si les externalités semblent bien présentes dans le monde « concret », elles sont exclues du modèle de l'équilibre général, sur lequel se fonde une grande partie de la force normative de l'idée d'efficacité.

⁸⁸² Carl Dahlman, *The Problem of Externality*, op cit, p 156

⁸⁸³ Voir par exemple, Charles Wolf, *Markets of Governments*, op cit; Neil Komesar, *Imperfect Alternatives*, op cit

⁸⁸⁴ Harold Demsetz, *Why Regulate Utilities ?*, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 55-65, p 61

§2. La position épistémologique de la notion d'efficacité en analyse économique du droit

La notion d'efficacité économique est construite essentiellement autour du modèle de l'équilibre général duquel dérivent les deux théorèmes de l'économie du bien-être. Si nous souhaitons véritablement comprendre la logique et la portée de l'idée d'efficacité en analyse économique du droit, il semble nécessaire de nous interroger sur la connaissance que peut nous apporter le concept d'efficacité présenté dans le premier paragraphe de cette section. Que signifie l'affirmation selon laquelle telle ou telle situation est efficace, inefficace, ou encore plus efficace qu'une autre situation ?

Comme pour l'étude de la signification du modèle de rationalité, trois possibilités s'offrent à nous et aucun traitement véritable de la question ne peut se trouver dans la littérature. Il nous semble nécessaire d'insister sur le fait que l'efficacité, tout comme la rationalité, n'est que relative à l'adéquation entre les fins et les moyens et ne présume en rien du bien fondé des fins (même si le critère de maximisation de la richesse peut être perçu comme une sorte de fin). Il peut être efficace de faire ceci pour obtenir cela sans se préoccuper du bien fondé du but de l'action (ce qui a des conséquences sur la force normative de la qualification économique de situation « efficace »).

La première possibilité est la plus simple à comprendre : l'efficacité est un concept normatif (A). Dire qu'une situation est efficace, c'est affirmer qu'elle est souhaitable, par exemple parce que dans telle situation il n'y a pas de gaspillage. Si l'efficacité est un concept normatif « valide » (puisque la normativité ne se justifie pas par elle-même), ce concept permettrait de critiquer et d'influer sur la décision politique. En analyse économique du droit, il fournirait un outil pour décider si telle ou telle décision est une bonne décision ou pour découvrir – ou plus précisément qualifier – la ou une solution efficace. Si le concept est normatif, il sera possible d'affirmer que le juge doit trouver la ou une solution efficace (relativement à un objectif souvent imprécis).

La deuxième possibilité vise à faire de ce concept (déjà protéiforme), un concept descriptif (B). Une situation est ou n'est pas, « objectivement » efficace relativement au concept d'efficacité utilisé et au but déterminé. Si le concept d'efficacité est descriptif, il sera possible, par exemple, d'affirmer que le système de *common law* est un système efficace ou que telle ou telle règle juridique est efficace.

Le lien entre le descriptif et le normatif est relativement flou lorsque le concept utilisé est aussi connoté que celui de l'efficacité. Affirmer qu'une situation est inefficace peut être facilement interprété comme l'intention de vouloir ou souhaiter que la situation soit modifiée. Il suffit pour

cela de supposer une forme de bienveillance de l'individu et le passage du descriptif au normatif se réalise sans trop de difficultés.

Enfin, la troisième possibilité comprend le concept d'efficacité comme un outil purement méthodologique pour appréhender le monde (C). Il ne serait plus simplement normatif ou descriptif, il se situerait à un autre niveau, celui du critère technique. Tout comme pour le concept de rationalité, cette interprétation est la plus pertinente.

A. L'efficacité comme critère normatif : le fondement éthique de l'efficacité

Lorsque Posner évoque « *the political and ethical basis of wealth maximization* »⁸⁸⁵, il inscrit son concept d'efficacité dans une logique non plus descriptive mais normative. Il cherche à ériger ce dernier en critère de prise de décision et à démontrer sa « supériorité » par rapport à l'utilitarisme.

L'efficacité est censée disposer de « qualités » lui permettant de figurer au rang des critères normatifs « désirables » de l'analyse économique du droit. Posner en fait une sorte de substitut – et même un synonyme – de l'idée de justice (but qu'il considère donc implicitement comme fondamental pour comprendre l'idée de droit) : « *it is that efficiency as I define the term is an adequate concept of justice that can plausibly be imputed to judges, at least in common law adjudication* »⁸⁸⁶. Kaplow et Shavell ne font rien de moins lorsqu'ils réinterprètent l'idée de justice⁸⁸⁷ avec les outils de l'analyse économique⁸⁸⁸.

Tout critère normatif ne se suffit pas à lui-même pour se justifier. Affirmer « ceci est une règle morale » ne permet pas que ceci soit accepté comme règle morale. Une part des travaux de l'analyse économique du droit a donc consisté à légitimer l'utilisation des critères d'efficacité économique pour analyser les phénomènes juridiques.

Afin d'interroger la normativité de ces critères, nous devons nous pencher sur les fondements de ceux-ci, sur l'origine de leur justification (1), puis, revenir à la délicate question des rapports entre l'efficacité et la répartition des richesses (2) et sur les niveaux de normativité (3) : à quelles conditions l'efficacité comme valeur peut-elle avoir un sens ? Peut-on véritablement découpler

⁸⁸⁵ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 88

⁸⁸⁶ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 6

⁸⁸⁷ En fait une conception appauvrie correspondant à toute approche non conséquentialiste. Les approches en termes de raison pratique du type Aristote ne sont pas du tout abordées.

⁸⁸⁸ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit

l'efficacité et la répartition des richesses ? Si ce découplage n'est pas parfaitement réalisable, comment opérer les arbitrages ?

Il est malaisé d'affirmer qu'un critère normatif est « bon » ou non sans entrer dans une approche elle aussi normative. En effet, le principe même d'un critère normatif et de ne pas être « démontrable » si bien que la validité de la normativité du critère ne peut s'analyser qu'à partir d'un système normatif plus vaste, autrement dit, à partir d'un critère normatif exogène. Par exemple, si nous considérons que la valeur fondamentale est l'égalité, la liberté, ou la sécurité, le concept d'efficacité sera plus ou moins attractif. Nous n'entrerons pas ici dans le détail de cette question mais nous présenterons les éléments fondamentaux qui nous permettront, par la suite, d'analyser la question de la transposabilité du critère dans le domaine du droit. Nous insisterons par exemple sur les biais liés à l'emploi de ces critères.

Nous ne reviendrons pas sur les limites techniques des différents critères – notamment la question de la comparabilité des états du monde – dans la mesure où cette question a été abordée précédemment⁸⁸⁹. Le problème de la mise en œuvre du critère fera l'objet d'une étude plus approfondie dans le cadre spécifique du droit dans la suite de notre thèse. La « maniabilité » des critères d'efficacité par rapport à d'autres critères permettrait de renforcer l'adhésion à ces critères comme critères normatifs (mais ne se suffirait pas à elle-même). La cohérence du critère n'est donc pas à négliger dans la mesure où si le critère normatif est incohérent ou « impraticable », il ne permettra pas son utilisation dans des situations concrètes (et manquera à son propre objectif : l'efficacité). Si à l'aide d'un même critère, il est possible d'affirmer que A est meilleur que B et que B est meilleur que A, le choix ne peut se réaliser seulement à l'aide de ce critère mais doit recourir à des éléments extérieurs. Nous ne nous intéresserons donc, dans cette sous-partie, qu'à la force normative de l'efficacité.

1. Recherche des fondements normatifs des critères de l'efficacité économique

Nous raisonnerons ici essentiellement à l'aide de deux états du monde A et B. S'il était possible de comparer les deux états en termes de bien-être, et qu'il s'avérait que l'état B conduisait à une amélioration du bien-être de l'ensemble des individus relativement à l'état A, il serait possible, en supposant que l'objectif social soit le bien-être des individus tels qu'ils le conçoivent, d'affirmer

⁸⁸⁹ Pour le critère de Pareto nous avons le problème de non comparabilité ; pour le critère de Kaldor Hicks, celui de la mesurabilité et le problème du paradoxe de Scitovsky ; pour l'analyse coûts-bénéfices et le critère de maximisation de la richesse, la mesurabilité est fondamentale et le paradoxe de Scitovsky peut se retrouver. Nous nous pencherons dans cette partie essentiellement sur ces deux derniers critères.

que l'état B est plus efficient que A et qu'il n'est pas « bon » de rester dans l'état A. Le premier postulat sous-jacent à l'analyse économique est donc le suivant : *le bien-être d'une société dépend du bien-être de ses membres tels qu'ils le conçoivent* – même si certaines restrictions doivent être apportées, nous y reviendrons – et non, par exemple, de son avancement technologique, de sa démographie ou de sa production intellectuelle ; nous retrouvons ici les racines utilitaristes de l'approche. Cette conception est parfaitement intégrée dans la culture occidentale et dans ses valeurs individualistes, même si l'absence de rationalité des individus peut conduire à des mesures « paternalistes ».

En supposant que deux individus rationnels entrent dans une transaction qui ne conduit à aucune externalité, la réalisation de cette transaction permet d'affirmer que, toutes choses égales par ailleurs, le bien-être des individus et le bien-être social ont été augmentés. L'état après la transaction peut être qualifié de Pareto supérieur à l'état précédant la transaction et non de Pareto optimal (puisque rien ne permet de le dire a priori). Peut-on en conclure que ce type de transaction doit toujours être autorisé ? La question est délicate dans la mesure où il est difficile de savoir si une transaction n'a pas d'effet externe, sauf à restreindre (ceci reste parfois insuffisant) les préférences individuelles à des préférences « égoïstes » orientées exclusivement sur le bien-être de l'individu (et non le bien-être social ou le bien-être de tel ou tel autre individu... sachant que la distinction entre les préférences « égoïstes » et « altruistes » est difficile à réaliser)⁸⁹⁰. Remarquons que l'interdiction des transactions portant atteintes aux bonnes mœurs ou à l'ordre public traduit l'idée que de telles transactions ont des effets externes (dans le cas des bonnes mœurs, les préférences ne sont pas considérées comme « égoïstes » puisqu'elles visent directement le comportement des autres individus).

Dès lors que les transactions ont des effets externes, que les individus ne sont pas parfaitement rationnels et qu'il est impossible de connaître précisément les préférences des individus, le critère de Pareto est insuffisant, et il est nécessaire de passer au critère de Kaldor Hicks, sous la forme particulière de l'analyse coûts-bénéfices (Kaldor Hicks monétisé) ou de la maximisation de la richesse sociale⁸⁹¹. Est-ce que le fait qu'une politique maximise la richesse sociale est une raison suffisante pour qualifier cette politique de « bonne » ou recommander celle-ci ? Est-ce que le fait qu'une politique passe ou échoue au test de l'analyse coûts-bénéfices est une raison suffisante

⁸⁹⁰ « *Self interest, like many basic concepts, is difficult to define and has fuzzy applications. But, again like many basic concepts, it also has clear applications* » (Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost Benefit Analysis*, op cit, p 39). Alder et Posner insistent, dans le cadre de l'analyse coûts-bénéfices, sur l'importance de cette restriction concernant les préférences. Ils ajoutent aussi que les préférences doivent survivre à l'idéalisation. Ce dernier concept est assez délicat puisqu'il se réfère à l'idée que les individus ne se trompent pas dans la conception de leur bien-être. Nous reviendrons sur ce dernier point par la suite.

⁸⁹¹ Quelques remarques seront néanmoins réalisées en ce qui concerne les critères de Pareto et de Kaldor Hicks.

pour encourager ou critiquer cette politique ? Est-ce que le fait qu'une société soit plus riche permet de dire qu'elle est « meilleure » ?

Une partie de ces questions sera étudiée dans nos prochaines sous parties, notamment lorsque nous analyserons la question des niveaux de normativité (l'efficacité est-elle un critère décisif ou non pour les décisions sociales ?). Nous étudierons ici les fondements normatifs de l'efficacité. Idéalement, la normativité de l'efficacité pourrait provenir de sa qualité même, l'efficacité serait alors perçue comme une valeur sociale (a). Elle pourrait aussi provenir de ses conséquences : l'efficacité serait valorisée normativement dans la mesure où elle est corrélée à l'existence de valeurs extérieures ou si elle favorise certaines « valeurs » considérées comme « bonnes » ; elle n'a plus de valeur par elle-même, sa valeur ne provient que des valeurs qu'elle favorise. L'efficacité serait alors un simple proxy, un simple instrument (b)⁸⁹². En tout état de cause, s'interroger sur les fondements normatifs oblige à faire émerger les biais de l'analyse en terme d'efficacité (c) (outre la question de la pertinence de la répartition des ressources) afin de mieux cerner les implications de l'adhésion à de tels critères.

a. L'efficacité comme valeur sociale

L'efficacité, dans son acception courante, vise l'adéquation entre des moyens et des fins : telle mesure est-elle efficace pour obtenir tel résultat ? L'objectif (la valeur sociale) étant, en économie du bien-être, le bien-être des individus⁸⁹³, la recherche de l'efficacité visera l'allocation des ressources existantes afin d'améliorer celui-ci. Cette « amélioration » dépend du critère retenu : par exemple, sous le critère de Pareto, il n'y aura une « amélioration » que si le passage de l'état A à l'état B ne détériore pas le bien-être d'au moins un individu (le résultat serait différent si le critère retenu était le critère de Kaldor Hicks ou le critère de maximisation de la richesse puisqu'il serait possible qu'un individu soit moins bien dans l'état B).

Afin d'identifier si l'efficacité est une valeur sociale susceptible de lui donner sa normativité, il est nécessaire de distinguer entre les différents critères. L'idée d'efficacité n'a aucune signification sans ces critères et sans le fondement de ceux-ci. Basiquement, il est possible de distinguer deux catégories de critères : les critères non monétisés (Pareto et Kaldor Hicks dans sa version classique) et les critères monétisés (Kaldor Hicks monétisé, analyse coûts-bénéfices, maximisation

⁸⁹² Cette dichotomie se retrouve par exemple chez Dworkin lorsqu'il critique le critère de Posner : Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value ?*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 191-226, spécialement p 195

⁸⁹³ Il s'agit, rappelons le, du postulat de base qui doit être accepté sans démonstration.

de la richesse⁸⁹⁴). Pour les premiers, la valeur sous-jacente est « l'utilité » ou le bonheur des individus. Pour les seconds, les mesures s'effectuant en principe grâce à « *willingness to pay* » (mais parfois aussi la « *willingness to accept* »)⁸⁹⁵, la valeur sociale serait la richesse « monétisée ».

Que l'utilité soit une « valeur sociale » ne pose pas de difficultés particulières. Globalement, il est admis qu'une politique doit tenir compte du bien-être des individus⁸⁹⁶ : toutes choses égales par ailleurs, une politique A doit être préférée à une politique B si la politique A améliore le bien-être des individus. La question de savoir si cette valeur sociale est la valeur ultime ou n'en est qu'une composante revient à s'interroger sur l'utilitarisme, sur ses limites, et sur ses possibles dérives. Nous ne nous étendrons pas beaucoup sur cette question.

Rappelons que les critiques modernes de l'utilitarisme visent un utilitarisme non qualifié et s'attaquent à l'absence d'une reconnaissance suffisante de l'individualité⁸⁹⁷. Quatre critiques sont émises par Hart⁸⁹⁸ sur la base de ce fondement : sans principe de distribution, il n'y a aucune limite touchant les arbitrages possibles entre la satisfaction des différents individus ; l'utilitarisme n'est pas une théorie individualiste et égalitaire puisque ce sont les expériences du plaisir qui comptent et non les individus, si bien qu'une répartition inéquitable des ressources est parfaitement envisageable ; il n'y a rien d'évident à ce que l'objectif de la simple augmentation du total des plaisirs sans référence à un principe de distribution soit une valeur morale puisque la société n'est pas une personne (et qu'aucun individu ne fait l'expérience de ce total) ; l'utilitarisme serait fondée sur une analogie avec le choix rationnel d'un individu qui sacrifie une satisfaction présente pour une satisfaction future : « *So in these ways, it treats the division between persons as of no*

⁸⁹⁴ La distinction entre ces trois critères reste floue et il est possible de considérer qu'ils sont équivalents. En réalité, les critères sont plus ou moins précis sur ce qui compte et sur les méthodes d'agrégation.

⁸⁹⁵ Par exemple, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 356

⁸⁹⁶ Pour Russell Hardin, « *welfare is the only compelling general principle, although it has serious, unresolved problems* » (Russell Hardin, *Morality of Law and Economics*, 1992, *Law and Philosophy*, vol 11, pp 331-384, spécialement p 335); voir aussi, par exemple, Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit. Remarquons que bien évidemment la théorie du bien-être sous-jacente est alors fondamentale. En économie, le bien-être correspondrait à la satisfaction des préférences individuelles ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces problèmes lorsque nous analyserons le lien entre efficacité et rationalité (cf *infra* c ; voir aussi Daniel Hausman et Michael McPherson, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, op cit, spécialement pp 71-83)

⁸⁹⁷ Herbert L. A Hart : « *The modern insight that it is the arch-sin of unqualified utilitarianism to ignore [...] the moral importance of the separateness of persons is, I think, in the main, a profound and penetrating criticism* » (Herbert L. A Hart, *Between Utility and Rights*, 1979, *Columbia Law Review*, vol 79, pp 828-848, p 831). En fait, et Hart (ibid, p 829) le note, cette critique se retrouve chez Rawls qu'il cite : « *Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons* ». Notons qu'afin de critiquer l'utilitarisme, les auteurs se réfèrent au principe Kantien selon lequel les individus sont des fins en eux-mêmes. Sans l'acceptation de ce principe, la critique n'a que peu de sens.

⁸⁹⁸ Herbert L. A Hart, *Between Utility and Rights*, op cit, pp 829-831

more moral significance than the division between times which separates one individual's earlier pleasure from his later pleasure, as if individuals were mere parts of a single entity»⁸⁹⁹. Outre ces critiques rappelons que Posner en ajoute trois (dont certaines se confondent avec l'approche de Hart) : le problème de la détermination des utilités susceptibles d'entrer dans le calcul (doit-on tenir compte de l'utilité des animaux ? Comment déterminer la population dont la somme des utilités doit être maximisée ? Doit-on compter les générations futures, les étrangers, etc... ?)⁹⁰⁰, le problème de la mesurabilité (comment savoir si l'utilité augmente via telle ou telle politique ?), le problème de la monstruosité morale liée à l'instrumentalisme (doit-on considérer toutes les préférences comme identiques du point de vue normatif ?)⁹⁰¹. Ajoutons aussi que la critique de l'utilitarisme en droit peut se justifier par des systèmes moraux différents de l'utilitarisme mettant par exemple l'accent sur les droits fondamentaux (qui, par définition, ne se justifient pas par eux-mêmes dans de tels systèmes)⁹⁰².

C'est pour faire face à ces critiques que Posner propose son critère de maximisation de la richesse⁹⁰³ qui correspondrait à une analyse coûts-bénéfices ou à une monétisation du critère de Kaldor Hicks. Remarquons au passage que le critère de Kaldor Hicks (sous sa forme non monétisée) revient à la maximisation de l'utilité. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que le critère de Posner, s'il gagne en mesurabilité (et encore puisque sa mise en application pratique est problématique) tombe sous les critiques précédemment formulées en ce qui concerne l'utilitarisme⁹⁰⁴. Nous ne reviendrons pas ici sur ces critiques puisque nous les avons

⁸⁹⁹ Herbert L. A Hart, *Between Utility and Rights*, op cit, p 831

⁹⁰⁰ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, pp 52-54

⁹⁰¹ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, pp 54-60

⁹⁰² Plus globalement, si nous prenons l'approche de Posner au sérieux, toute critique se fondant exclusivement sur l'utilitarisme ou sur l'individualisme sera susceptible de trouver des défauts dans la théorie proposée par Posner, justement car elle essaye de concilier celles-ci. Posner reconnaît d'ailleurs ce problème, sans véritablement insister : « *But, presumably, wealth maximization promotes each of these desiderata (particularly the second [l'individualisme]) to a lesser extent than a philosophy aimed directly at either one of them would do* » (Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 96). Plus globalement, toute approche non conséquentialiste trouvera des défauts à la théorie proposée par Posner.

⁹⁰³ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 98: « *Wealth maximization is a more effective instrument for attaining the goals of utilitarianism than utilitarianism itself* ».

⁹⁰⁴ Par exemple, Lewis Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, op cit, spécialement p 600: « *Here it suffices to note that one may on these grounds attack wealth maximization as easily as utilitarianism* »; Anthony Kronman, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 227-242, p 228: « *Wealth maximization is not a happy compromise between utilitarianism and Pareto superiority, a compromise which somehow retains the best and eliminates the worst features of these other two principles. If anything, just the opposite is true: wealth maximization exhibits the vices of both and the virtues of neither* ». Certains auteurs considèrent même que la maximisation de la richesse n'est qu'une forme d'utilitarisme (par exemple Robin Grant, *Judge Richard Posner's Wealth Maximization Principle: Another Form of Utilitarianism*, 1989, *Cardozo Law Review*, vol 10, pp 815-845) dans la mesure où il s'agit d'une théorie conséquentialiste.

déjà exposées et que nous aurons l'occasion d'y revenir. Soulignons aussi que le critère de maximisation de la richesse souffre, comme le critère de Kaldor Hicks, d'un problème de réversibilité du type paradoxe de Scitovsky⁹⁰⁵.

Le principe de maximisation de la richesse n'est pas sans connexion avec l'utilitarisme⁹⁰⁶ mais il effectue un saut normatif fondamental. Il modifie l'objectif social qui ne correspond plus à l'utilité mais à la richesse ; il remplace l'utilitarisme par la maximisation de la richesse. Ce découplage a des effets puissants puisque la richesse, entendue dans son sens traditionnel, n'est pas une valeur sociale par elle-même ; même si, en première approximation, obtenir 1000€ supplémentaires est considéré comme une augmentation du bien-être (en raison du système économique dans lequel nous vivons). Dworkin affirme ainsi que « *Once social wealth is divorced from utility, at least, it loses all plausibility as a component of value* »⁹⁰⁷. Cette critique n'est valable que si l'objectif de Posner est de fonder son critère sur un objectif de « bien-être » et non sur des principes qui s'éloignent de celui-ci⁹⁰⁸.

Dworkin⁹⁰⁹ est certainement le premier à avoir souligné le problème même si Ovide, par le biais du mythe du roi Midas⁹¹⁰, le précède très certainement. La recherche de la richesse n'a aucune

⁹⁰⁵ Ce point a déjà été mentionné lorsque nous avons étudié l'analyse coûts-bénéfices. Ce problème ne survient pas si le prix que les individus sont prêts à payer ne dépend pas de leur « richesse ».

⁹⁰⁶ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, p 66 : « *Wealth is positively correlated, although imperfectly so, with utility, but the pursuit of wealth, based as it is on the model of the voluntary market transaction, involves greater respect for individual choice than in classical utilitarianism* ». Cette connexion sera analysée lorsque nous nous intéresserons à la valeur instrumentale de la maximisation de la richesse. Si la corrélation était parfaite, il n'y aurait pas de véritable différence entre maximisation de la richesse et maximisation de l'utilité. Tel serait le cas si les individus valorisaient la richesse comme telle et sombraient dans la chrématistique.

⁹⁰⁷ Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value ?*, op cit, p 200

⁹⁰⁸ En termes de système de pensée, la critique est alors facile : si la richesse correspond à l'utilité alors elle souffre des mêmes problèmes que l'utilitarisme ; si la richesse est différente de l'utilité alors la richesse n'est pas suffisante pour évaluer si un état est « meilleur » ou « moins bon » qu'un autre. Si Posner fonde son principe sur une approche qui n'est pas purement une approche en termes de bien-être alors, une partie des critiques tombent, même s'il n'est pas clair que Posner agisse ainsi. Kornhauser (*A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, op cit, p 681) signale d'ailleurs une évolution dans la justification du critère proposé par Posner, si originairement l'aspect « bien-être » était fondamental, il a ensuite évolué vers une défense du principe en termes de consentement (qu'on retrouve dès *The Economics of Justice*) puis de considérations pragmatiques (à partir des années 1990, par exemple dans *The Problems of Jurisprudence*). Cette évolution est aussi soulignée par Kaplow et Shavell (*Fairness versus Welfare*, op cit, pp 35-36, note 41).

⁹⁰⁹ Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value ?*, op cit

⁹¹⁰ Ce mythe constitue le fil directeur de la critique du principe de maximisation de la richesse dans l'article de Jeanne Schroeder (Jeanne Schroeder, *The Midas Touch: The Lethal Effect of Wealth Maximization*, op cit). Posner semble connaître la possibilité d'une telle assimilation même s'il considère qu'une telle interprétation constitue une erreur d'interprétation de son principe (Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 105).

valeur en elle-même, sauf pour les fétichistes du « *little green paper* »⁹¹¹, autrement dit, le principe de maximisation de la richesse n'est pas un principe moral par lui-même. L'augmentation de la richesse ne constitue pas un motif permettant de « légitimer » une action : le simple fait qu'un individu accepte de payer plus pour obtenir un bien ne signifie pas qu'il doit obtenir ce bien pour ce seul fait et que l'obtention de ce bien engendre un « mieux être » au niveau de la société⁹¹². En tenant compte de la seule capacité et volonté de payer, Posner semble accepter l'impossibilité des comparaisons interpersonnelles d'utilité mais, presque paradoxalement, érige cette dernière en mesure de l'utilité (si nous interprétons son critère comme visant le « bien-être », ce que laisse penser le vocabulaire de l'utilité développé par l'auteur). Si la « valeur » n'est révélée que par les actions, l'utilisation de la « *willingness to pay* » peut constituer « le meilleur moyen »⁹¹³ pour déterminer cette valeur (même si ce moyen est imparfait, notamment car on suppose que la valeur d'une unité monétaire est la même quelle que soit la richesse initiale d'un individu)⁹¹⁴. La détermination de cette valeur dans le cas des marchés hypothétiques est extrêmement délicate, même par référence à un coût d'opportunité.

Traditionnellement, la richesse (comme d'ailleurs la monnaie⁹¹⁵) n'est pas recherchée pour elle-même ; elle est recherchée car elle constitue une ressource permettant d'améliorer son bien-être ; la ressource sans la capacité de l'utiliser n'est d'aucun intérêt. Elle ne constitue qu'un simple pouvoir potentiel. Être efficient serait donc, en partie, sauvegarder des ressources même si la ressource, par elle-même, n'est d'aucune « utilité ». Un individu qui aurait, comme le roi Midas, la capacité de tout transformer en or serait plus riche mais n'ayant pas la possibilité de jouir de cette richesse, celle-ci lui serait parfaitement « inutile ». Autrement dit, si la richesse ne permet pas à un individu d'obtenir ce qu'il désire, elle n'a aucun intérêt.

⁹¹¹ Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value ?*, op cit, p 201

⁹¹² Ceci découle naturellement du découplage entre l'utilité et la richesse. On pourra remarquer que la critique se fonde sur une base utilitariste. Posner reconnaît ce découplage. Si tous les biens (au sens larges) appartiennent effectivement aux individus qui sont prêts à payer plus pour les obtenir, alors lorsque la richesse est maximisée, plus aucun échange ne peut survenir (et l'idée de marché perd son sens... alors que pour Posner le concept de valeur est inséparable du concept de marché).

⁹¹³ David Friedman, *Law's Order*, op cit, pp 22-23

⁹¹⁴ Une question qui pourrait se poser serait celle de savoir si la véritable différence entre l'utilitarisme et la maximisation de la richesse ne provient pas tout simplement du système d'indexation des préférences puisque les deux approches sont conséquentialistes et ont pour objet ultime la satisfaction des préférences individuelles.

⁹¹⁵ Les deux sont différents: si je suis prêt à payer une pomme 3€ et qu'un individu est prêt à vendre sa pomme pour au moins 2€, la richesse augmente de 1€, quel que soit le prix final de la pomme (si cette pomme est payée moins de 3€, tout se passe comme si l'individu avait des ressources supplémentaires pour l'avenir). La valeur n'est pas l'équivalent du prix.

Il apparaît néanmoins que cette critique doit être nuancée. En effet « *More generally, Posner's notion is in part directly welfarist, because it measures not only the resources available to me but also my consumption. My Posnerian wealth is a function of what resources I have and have had and also of how well I have put them to use* »⁹¹⁶. Le concept de richesse utilisé par Posner serait plus large que l'idée traditionnelle de richesse au risque d'y perdre en mesurabilité (puisqu'il faut un échange pour que cette valeur soit révélée) et en cohérence quant à ses fondements éthiques. Dès lors les critiques fondées sur une conception de la richesse plus « traditionnelle » manquent, partiellement, leur objectif (puisque la richesse n'est pas valorisée uniquement comme ressource) sans pour autant que la maximisation de la richesse (au sens large) puisse être érigée en valeur en soi.

Posner avance, dans ses derniers articles traitant spécifiquement du principe de maximisation de la richesse, une justification différente (de celle centrée sur le bien-être) : la richesse constitue une valeur par défaut : « *One does not value wealth for itself but for something else, and once we identify the something else, we can orient our social institutions toward accomplishing that end and cease pursuing the merely instrumental goal of maximizing wealth* »⁹¹⁷. Dès lors que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, et comme les principes éthiques grâce auxquels il devrait trancher un litige sont flous, le principe de maximisation de la richesse pourrait permettre au juge de structurer le cas de façon « acceptable »⁹¹⁸ : « *Given the absence of anything approaching a consensus on the optimum distribution of wealth, however, it is very hard to see how courts could adopt a redistributive ethic to guide their decisions. For this and another reason – that courts do not have flexible instruments for redistribution compared to the (overtly) taxing, spending, and regulatory branches of government – a sensible division of labor has the courts focus on wealth maximization (making the pie as big as possible) while legislatures focus on redistributing some of that wealth (reslicing the pie)* »⁹¹⁹.

Nous retrouvons la justification du principe de maximisation de la richesse sur le fondement du consentement⁹²⁰ et sur l'idée d'une spécialisation fonctionnelle des institutions. En supposant que le principe de Pareto ne soit pas attaquant comme principe éthique, et qu'idéalement il constitue

⁹¹⁶ Russell Hardin, *Morality of Law and Economics*, op cit, p 347; tous les auteurs ne partagent pas cette conception. Pour Jeanne Schroeder (*The Midas Touch: The Lethal Effect of Wealth Maximization*, op cit, pp 710-711), la position de Posner vise essentiellement la richesse sous l'angle de la valeur d'échange et il n'arrive pas, de façon convaincante, à intégrer la valeur d'usage.

⁹¹⁷ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 95

⁹¹⁸ Sa position est très fortement corrélée à son approche du droit, *infra*)

⁹¹⁹ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, pp 104-105. Nous reviendrons sur la seconde partie de l'argumentation de Posner lorsque nous analyserons la question de l'efficacité et de la répartition des richesses.

⁹²⁰ Voir notre partie sur l'explicitation du principe de maximisation de la richesse. Le principe du consentement ex ante pourrait se rapprocher de la décision sous voile d'ignorance d'un Rawls.

un objectif à atteindre au niveau de la société en général. Le droit peut être perçu comme n'étant qu'un moyen permettant cet objectif. L'objectif (ou plus précisément un des objectifs) du droit pourrait donc être le moyen (la maximisation de la richesse) et non la fin (l'efficacité au sens de Pareto). Il faudrait alors prouver qu'effectivement le droit n'est pas un moyen efficace pour assurer la répartition des richesses⁹²¹, ce qui justifierait, au niveau institutionnel, que les juges recherchent, simplement, la maximisation de la richesse.

b. L'efficacité comme proxy : la valeur instrumentale de l'efficacité

Si l'efficacité n'est pas à rechercher pour elle-même, elle peut avoir un fondement normatif dans la mesure où elle promeut certaines valeurs. Cette ligne de défense vise surtout le principe de maximisation de la richesse puisque la richesse (et sa maximisation) n'est pas considérée comme une valeur en soi⁹²². Dworkin distingue trois justifications possibles sous cet angle⁹²³ :

- 1) rechercher la maximisation de la richesse peut susciter des améliorations en termes de bien-être.
- 2) rechercher la maximisation de la richesse permet de fournir les moyens d'effectuer des améliorations en termes de bien-être.
- 3) la recherche de la richesse ne conduit pas causalement, ni ne fournit les moyens d'effectuer des améliorations. Il existe une simple corrélation entre la maximisation de la richesse et les améliorations.

Dworkin ne propose qu'une justification de la valeur instrumentale par référence à l'idée de bien-être (utilitarisme). Posner défend aussi l'idée selon laquelle la valeur instrumentale se trouve dans les valeurs (considérées par lui comme des valeurs « valables ») qui sont favorisées par la maximisation de la richesse.

Nous examinerons ici, sommairement, l'ensemble de ces justifications. Nous n'insisterons pas outre mesure sur la deuxième justification proposée par Dworkin puisque cette dernière est liée à la relation entre l'efficacité et la répartition des ressources, question à laquelle il nous a paru nécessaire de consacrer une sous partie.

⁹²¹ David Friedman, *Law's Order*, op cit, p 23: « *One of the things we learn from economic analysis of law is that it is hard to use general legal rules to redistribute wealth* ». Nous reviendrons sur ce problème par la suite.

⁹²² L'utilitarisme promeut lui aussi certaines valeurs mais ne se justifie pas par sa dimension instrumentale.

⁹²³ Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value*, op cit, p 195

Avant d'entrer dans le détail de ces questions soulignons quelques éléments proposés par Posner concernant la justification de sa théorie : « *I begin my discussion of the normative theory with three disclaimers. First, partly for the reason given earlier (the dependence of wealth maximization on the prior assignment of property rights and on the distribution of wealth across persons), I neither assert nor believe that the theory is adequate to resolve all issues of social policy, or even all issues of tort law. Secondly, I do not believe that it can be deduced from any overarching moral theory, such as utilitarianism. And thirdly, I do not believe that wealth in the sense in which I use it, broad as that sense is (remember that it is not a pecuniary concept although it use a pecuniary metric) as any intrinsic, non instrumental, plausibly "ultimate" value as pleasure or happiness or human flourishing of a good will is thought to have in various philosophies* »⁹²⁴. La justification de son critère d'efficience est instrumentale (ne peut être qu'instrumentale) et ce critère n'est pas, normativement, le seul à prendre en compte⁹²⁵, ni nécessairement pertinent pour toute situation.

1. La maximisation de la richesse et ses liens causaux avec le « bien-être »

La relation entre maximisation des richesses et bien-être ne peut être parfaite en raison de la distinction affirmée entre richesse et utilité. Nous reviendrons ici sur cette distinction et nous montrerons qu'une mesure inefficace peut augmenter le bien-être et qu'une mesure efficace peut tout à fait diminuer le bien-être.

Afin de bien comprendre la distinction entre la richesse et l'utilité, supposons qu'un droit ou qu'un bien doive être alloué. L'individu A est prêt à payer 5€ et le droit ou le bien lui rapportera une utilité de 8 (en supposant qu'il soit possible d'évaluer cette utilité). L'individu B est prêt à payer 4€ et le droit ou le bien lui rapportera une utilité de 10. Chacun des individus est supposé rationnel. Cette différence dans la « *willingness to pay* » et dans l'utilité dépend de la richesse initiale de la personne (trivialement, un « riche » peut payer plus pour la même augmentation d'utilité qu'un « pauvre »⁹²⁶), de la culture (l'attitude face au risque par exemple) de cette personne, de son histoire personnelle, etc...

⁹²⁴ Richard Posner, *Wealth Maximization and Tort Law: a philosophical inquiry*, 1995, in David Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, Oxford University Press, Oxford, 526 pages, pp 99-111, p 101

⁹²⁵ Ce qui pose dès lors la question des conflits entre les différents niveaux normatifs sur lesquels nous reviendrons.

⁹²⁶ Moins trivialement Cass Sunstein, *Willingness to Pay and Welfare*, 2007, *Harvard Law and Policy Review*, vol 1, pp 303-330, p 310: « *When poor people show a low WTP, it may be because their ability to pay is low. But their low WTP does not demonstrate that they would gain little in terms of welfare from receiving the relevant good* » ou encore « *The central problem is that WTP is measuring gains and losses in monetary terms, rather than in welfare terms. The WTP figures do not tell us whether some people are gaining more, in welfare terms, than others are losing in those terms* ».

Au regard de notre exemple, le bien ou le droit « devrait » être alloué à A si nous souhaitons maximiser la richesse (en supposant que A et B soient les deux seuls individus à qui le droit peut revenir ou soient les deux meilleurs « enchérisseurs » ; la richesse sera alors augmentée de 1€). Le bien ou le droit devrait être alloué à B si nous souhaitons maximiser l'utilité. La solution efficiente (allouer le bien à A) n'est pas la solution qui améliore le bien-être global. L'efficacité comme maximisation de la richesse ne conduit donc pas nécessairement à une amélioration du bien-être.

Cette conclusion n'est possible que parce que nous supposons qu'il est possible de connaître l'utilité « réelle » de chacun des individus et que nous souhaitons donner à l'utilité un caractère « psychologique ». Si l'utilité ne fait que traduire l'idée qu'un individu est prêt à payer plus ou moins (les préférences de l'individu sont reconstruites à partir de ses choix) alors la WTP ne s'éloignerait que dans l'échelle de l'idée d'utilité⁹²⁷ (le concept d'efficacité serait alors tautologique). En tout état de cause, pour un individu, il existe une corrélation entre l'utilité et la WTP : un individu rationnel ne devrait pas être prêt à payer plus pour un bien qui lui « rapporte » moins qu'un autre⁹²⁸ ; maximiser son utilité sous contrainte budgétaire signifie justement qu'il faut éviter ce genre d'erreur. L'utilisation d'une agrégation des WTP laisse supposer qu'il existe une forme de comparaison interpersonnelle des utilités⁹²⁹.

Notons que si l'échange est réalisé via le marché (et en supposant qu'il n'existe pas de coûts de transaction), le bien sera alloué à A⁹³⁰. En supposant que le bien appartienne originellement à B,

⁹²⁷ Nous évoquons ici l'idée d'utilité au sens d'une comparaison intra personnelle d'utilité : même si la correspondance est parfaite pour un individu, cela ne signifie pas que la somme des WTP puisse refléter l'utilité globale de la société. Autrement dit, la WTP ne résout pas le problème des comparaisons interpersonnelles d'utilité. Notons cependant que faire payer un individu plus que sa WTP va nécessairement diminuer son bien-être (si l'individu est rationnel). Sur cette base, il serait possible de s'interroger en France, sur l'efficacité du système de la sécurité sociale et la question d'un passage à un système d'assurance (évidemment il faudrait que les individus soient rationnels pour pouvoir « réellement » le faire et comme nous le verrons, ceci ne suppose pas nécessairement que le système soit inefficace (en termes de bien-être) ; de la même manière, indirectement, toute réglementation touchant la mise au norme a un impact sur le prix des produits si bien que la WTP n'est pas à négliger, même dans ces cas. Nous retrouvons ce type de cas, par exemple dans Cass Sunstein, *Willingness to Pay and Welfare*, op cit, pp 303-330, spécialement pp 306-308, p 308 « *When government eliminates carcinogenic substances from the water supply, it is not as if water companies bear the costs. The cost of regulations is passed on to consumers in the form of higher water bills* ».

⁹²⁸ Néanmoins, si nous considérons que les individus ne sont pas les mieux à même de connaître leur bien-être, il est tout à fait possible qu'il existe un véritable découplage entre WTP et bien-être. La question de l'identification de cette idée de « bien-être » est donc déterminante.

⁹²⁹ Par exemple, Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost Benefit Analysis*, op cit, pp 39-52, p 43: « *To sum up: intuition, ordinary practice, and the widespread use of interpersonal comparisons in moral theorizing all undercut the view that these comparisons are impossible. Overall welfare is a meaningful concept* ».

⁹³⁰ En supposant qu'il n'existe pas une différence importante entre la WTP et la WTA, si le bien est alloué à B, il le « vendra » à A et si le bien est alloué à A, il ne le vendra pas à B. Nous retrouvons ici l'idée de décroissance de l'utilité marginale : 1€ de plus

celui-ci le vendra à A. Cette vente ne signifie pas que le bien-être que pourra tirer A du bien sera supérieur à celui que pourra en tirer B (par définition ; la comparaison serait alors interpersonnelle) mais que le bien-être de A comme celui de B augmentera car dans l'échange, outre l'allocation du bien ou du droit, il y a une compensation monétaire. On suppose que si l'échange se réalise c'est que B préfère une somme entre 4 et 5 (ou ce qu'il peut s'acheter avec⁹³¹) plutôt que le bien ou le droit. L'échange permet donc, idéalement, d'augmenter la richesse et le bien-être (d'où l'accent mis par Posner sur le marché).

Si une solution maximisant la richesse n'est pas nécessairement efficiente en termes de bien-être, il est également possible qu'une situation inefficace (en termes de richesse) soit efficiente (en termes de bien-être). Sunstein avance ainsi l'idée que « *if those who benefit are disproportionately poor and those who lose are disproportionately wealthy, the regulation might still be desirable despite the welfare loss* »⁹³². Dès lors que nous supposons qu'il existe une décroissance de l'utilité marginale de la monnaie, ce genre de situation est susceptible de se produire (et la répartition des richesses devient alors un enjeu important). Néanmoins, cette décroissance et son niveau dépendent davantage d'une préconception que d'une « objectivité » dans la mesure.

Le lien causal entre richesse et utilité n'est que partiel, en raison même de la distinction que Posner souhaite établir entre ces deux termes. Vider l'utilité de son contenu psychologique (ce que souhaite faire la théorie économique « moderne » de la rationalité sans y parvenir complètement) oblige à utiliser des paramètres « plus objectifs » comme la WTP (même si la signification de la WTP est loin d'être évidente en raison des problèmes de rationalité des agents)⁹³³. La justification de l'efficacité, au sens de maximisation de la richesse, n'est donc pas pertinente pour les individus qui considèrent que l'utilité peut être évaluée psychologiquement (puisque nous disposons alors de deux mesures) ou qui ont du bien-être une approche « objective » (la WTP pourrait alors ne pas traduire la « véritable » utilité que l'individu compte retirer de tel ou tel bien).

pour une personne qui aura 0 est supposé plus augmenter le bien-être de cette personne que si cet euro était attribué à une personne qui en dispose de 1000.

⁹³¹ Notons d'ailleurs l'abus de langage : l'échange se traduisant par le passage d'un bien et d'une somme d'argent, il est possible de considérer que la somme d'argent est, au moins, l'équivalent du bien en termes de préférences. Néanmoins, l'argent n'a aucune valeur par lui-même, si bien qu'il faut comprendre dans l'échange que la monnaie représente un pouvoir.

⁹³² Cass Sunstein, *Willingness to Pay and Welfare*, op cit, p 311

⁹³³ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 88 « *The refusal of modern economists to make "interpersonal comparisons of utility" means in effect that they use wealth rather than happiness as the criterion for an efficient allocation of resources* ».

2. La maximisation de la richesse, économiser les ressources pour améliorer le bien-être

Une seconde ligne d'argumentation permettant de justifier l'adoption du critère d'efficacité comme maximisation de la richesse conduit à évoquer l'absence de gaspillage ; en ne gaspillant pas les ressources, il devrait être possible d'améliorer le bien-être. Cette question est étroitement liée à l'idée de découplage entre efficacité et répartition des richesses (puisque économiser les ressources pose une question différente de celle de la répartition de celles-ci) que nous étudierons plus en détail par la suite. Nous ne donnerons donc ici que les lignes directrices.

L'idée de base est relativement simple : en maximisant la richesse, nous maximisons les ressources⁹³⁴. Ces ressources étant « économisées » (même si elles sont virtuelles), elles pourront être « affectées » à d'autres actions susceptibles d'améliorer le bien-être : « *if one moves to a more efficient outcome, it is possible to make everyone better off* »⁹³⁵. Cette logique (et ses problèmes) sera analysée plus finement lorsque nous nous pencherons sur le lien entre efficacité et distribution des richesses.

Cependant si cette ligne d'argumentation est retenue, ce n'est que parce qu'il peut y avoir une réallocation. La justification se réalise à partir du critère de Pareto⁹³⁶ et non à partir du critère de Kaldor Hicks (puisque la compensation doit être réelle et non simplement potentielle) sauf à valoriser la seule potentialité, ce qui risque de nous faire tomber dans la chrématistique.

3. Les liens statistiques entre bien-être et richesse

Une troisième justification, qui n'est pas directement analysée par Posner⁹³⁷, se fonde sur la corrélation qu'il existerait entre bien-être et richesse (même si l'argent ne fait pas le bonheur, il y

⁹³⁴ Il est assez délicat de tenir compte dans ce cadre de la richesse liée au surplus du consommateur qui traduit plus l'idée de consommation que celle de ressource. Cette ligne d'argumentation risque donc de se heurter de plein fouet à la critique de l'efficacité comme mise en œuvre d'une logique du type Midas. Cette logique laisse aussi supposer que la distinction entre prix et valeur est plus délicate à saisir.

⁹³⁵ Propos de Gary Becker reproduit dans Douglas Baird, *The Future of Law and Economics : Looking Forwards*, 1997, *University of Chicago Law Review*, vol 64, pp 1129-1165, p 1135

⁹³⁶ Entendue plus ou moins largement puisque la réallocation peut intervenir à un niveau global... En réalité, la justification se rapproche du critère de Pareto dans la mesure où l'atteindre est impossible ou extrêmement délicat dans une société complexe.

⁹³⁷ Elle est implicite et souvent ambiguë dans ses raisonnements : « *Wealth maximization promotes prosperity and prosperity (not always but usually engenders happiness* » (Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 96). Voir aussi, Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, pp 63-64 : « *The uncertainty of the relationship between wealth and happiness is further suggested by the fact that the inhabitants of wealthy countries appear to be no happier than those of poor countries, although within countries the wealthy seem to be happier than the poor* ». Des éléments expliquant ce genre de résultats sont présentés dans Cass Sunstein, *Willingness to Pay and Welfare*, op

contribuerait). Posner peut alors annoncer que la maximisation de la richesse « *is conducive to happiness, freedom, self expression, and other uncontroversial goods (uncontroversial if not pursued with total disregard for competing goods)* »⁹³⁸. Nous le savons, la richesse, au sens de Posner, ne correspond pas à l'idée de produit intérieur brut, elle serait un indicateur plus sensible⁹³⁹.

Le bien-être étant une valeur relative, les études statistiques ne permettent pas de déterminer si la croissance économique a un impact sur le bonheur de la population (il s'agit alors d'interroger directement les individus sur leur niveau de bien-être ou de bonheur). Sunstein, citant une étude, précise que « *The United States, France and Japan, all experienced dramatic increases in real income in the twentieth century, but showed no increase in subjective well being* »⁹⁴⁰. D'une manière générale et assez trivialement, nombreux sont les individus qui, s'ils avaient le choix, préféreraient vivre dans un pays riche que dans un pays pauvre.

Si le bonheur « subjectif » est délicat à mesurer précisément, il serait possible d'approximer (ou de tenter d'approximer) cette mesure. Des études ont ainsi été réalisées sur le lien qu'il existerait entre la promotion de certaines valeurs jugées désirables comme la démocratie et les droits politiques, et le PIB⁹⁴¹. Dans cette logique, maximiser la richesse pourrait conduire à l'apparition et au maintien de tels droits et libertés (si nous voyons dans la corrélation statistique plus qu'une corrélation). Barro, par exemple, note que « *With respect to the impact of economic development on democracy, the analysis shows that improvements in the standards of living – measured by country's real per capita GDP, infant mortality and education – substantially raise the probability that political institutions will become more democratic over time. Hence political freedom emerges as a sort of luxury good* »⁹⁴². Autrement dit, certaines composantes du bien-être semblent être corrélées avec la richesse des pays. En supposant que cette corrélation statistique soit valable⁹⁴³, la recherche de la maximisation de la richesse permettrait de (ou tendrait à) faire émerger ces « biens de luxe » que sont les libertés

cit, pp 318-323. Lorsque nous affirmons que Posner n'analyse pas ce lien, nous souhaitons souligner que Posner n'explique pas ou ne nous donne pas des éléments précis permettant d'étayer certaines de ses positions.

⁹³⁸ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 244

⁹³⁹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 359

⁹⁴⁰ Cass Sunstein, *Willingness to Pay and Welfare*, op cit, p 320

⁹⁴¹ Nous ne nous intéresserons pas ici aux critiques méthodologiques susceptibles de concerner de telles études. Ces études ne servent qu'à illustrer une logique.

⁹⁴² Robert Barro, *Getting it Right*, 1996, MIT Press, Cambridge, 191 pages, p 11

⁹⁴³ Il s'agit du point fondamental: dans quelle mesure une corrélation statistique antérieure sera toujours valable pour l'avenir. Dans la mesure où les pays n'ont pas spécifiquement recherché la maximisation des richesses, comment peut-on dire que la recherche exclusive de cette dernière est susceptible d'avoir les effets sur le bien-être qui existe statistiquement ?

politiques. Barro précise ainsi « *if economic freedom can be established in a poor country, then growth would be encouraged, and the country would tend eventually to become more democratic on its own* »⁹⁴⁴.

Notons que la garantie des libertés individuelles dépend en partie, dans les sociétés contemporaines, des ressources de l'Etat puisque son action est « coûteuse »⁹⁴⁵ : un service de police, d'éducation ou de justice n'est en effet pas gratuit.

4. la maximisation de la richesse et la promotion de certaines valeurs

Une dernière ligne d'argumentation viserait à faire de la maximisation de la richesse un objectif désirable en raison des valeurs qu'elle promeut. Soulignons ici la différence entre cette argumentation et la précédente. Nous ne nous intéressons pas ici au lien statistique entre bien-être et richesse, mais aux valeurs découlant directement de la fixation de l'objectif de maximisation de la richesse. Cette argumentation n'est donc valable que si nous adhérons à ces valeurs.

Posner, afin de démontrer la supériorité de la maximisation de la richesse sur l'utilitarisme, avance ainsi « *What is missing from utilitarianism is any very direct concern with the productive side of human activity ; all the focus is on the consuming, the appetitive. Perhaps this matters little in practice... Nonetheless, it seems odd to give consumption moral precedence over production, to sacrifice the frugal for the pleasure loving. Wealth maximization reverses the order, and this is a mark in its favor* »⁹⁴⁶. En renversant l'ordre des préférences, le risque est de réprimer (ou au moins dévaloriser) l'idée de plaisir liée à la consommation des biens et des services au profit d'une valeur travail (orientée vers la production)⁹⁴⁷. Posner confirme en partie cette idée lorsqu'il explique : « *the wealth maximization principle encourages and rewards the traditional "calvinist" or "protestant" virtues and capacities associated with economic progress. It may be doubted whether the happiness principle also implies the same constellation of virtues and capacities, especially given the degree of self denial implicit in adherence to them* »⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Robert Barro, *Getting it Right*, op cit

⁹⁴⁵ Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point par la suite dans la mesure où il donne une certaine légitimité au raisonnement économique en matière de droit. Signalons sur ce sujet un ouvrage : Stephen Holmes et Cass Sunstein, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, W.W. Norton and Company, New York, 255 pages.

⁹⁴⁶ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 97. Psychologiquement, production et consommations sont deux dimensions qui ne peuvent pas être découplées, sous peine de frustrations, et donc d'une diminution du bien-être.

⁹⁴⁷ L'analogie avec Midas est alors aisée puisque le pauvre roi ne pouvait, pendant un temps, que produire sans jamais consommer.

⁹⁴⁸ Richard Posner, *The Economics of Justice*, op cit, pp 68-69. Richard Posner ne fait pas référence à Max Weber (Max Weber, *L'Ethique Protestante et l'Esprit du Capitalisme*, [1904 et 1905] 1998, Pocket, Paris, 285 pages) mais son discours en est proche.

Remarquons que Posner reconnaît que sa position et sa défense sont politiques⁹⁴⁹. En tant que telles, il n'est pas possible de les attaquer en utilisant une position éthique alternative, sauf à bien préciser les prémisses de cette position alternative ; Posner indique d'ailleurs que « *I do not seek to convert anyone to wealth maximization. I merely want to persuade you that it is a reasonable, though not a demonstrably or universally correct, ethic* »⁹⁵⁰. Posner ne précise cependant pas les limites de son critère : si ce critère n'est pas universellement valable, rien n'est précisé quant à la détermination du champ d'application de celui-ci. L'idée de normativité peut alors glisser vers le postulat simplement méthodologique et comme tel devenir « plus neutre » (puisqu'il est reconnu comme méthodologique)⁹⁵¹.

Posner se place clairement dans une éthique où la production, et même la productivité, de biens et de services est une valeur : « *To defend wealth maximization rigorously, it would of course be necessary to assign some ethical value to productivity* »⁹⁵². Une défense radicale de cette position pourrait alors justifier « *the coercion of the indolent into productive occupations* » et l'exclusion des individus qui coûtent plus à la société qu'ils ne lui rapportent⁹⁵³, voire même la négation de la spécificité, de la dignité et des libertés individuelles⁹⁵⁴. Posner reconnaît la difficulté, tout en déplaçant, à notre avis, le critère de la maximisation des richesses en dehors de la normativité pure : « *As Professor Malloy emphasized, the wealth maximization perspective is particularly disturbing to people who have a strong sense of natural rights. The whole economic vocabulary is so removed from considerations of natural rights that it seems the economist*

Posner fait remarquer en note qu'évidemment il n'existe pas un consensus en la matière mais que les positions contraires ne lui semblent pas valables.

⁹⁴⁹ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 103

⁹⁵⁰ Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 90. Notons que le passage semble faire une distinction entre le rationnel et le raisonnable sans que celle-ci soit réellement précisée. En tout état de cause, la justification économique ne peut exister qu'extérieurement à l'économie. Ce point n'est pas négligeable et nous aurons l'occasion d'y revenir. Posner explique aussi sa position en expliquant que « *Ethical arguments do not convince doubters but rather provide rationalizations for ethical positions taken on emotional grounds* » (ibid). L'idée de rationalisation et même de post-rationalisation est fondamentale pour comprendre la portée épistémologique du raisonnement en terme d'efficacité. Posner semble n'accepter que le raisonnement fondé sur la raison et aboutit donc à une impasse que nous aurons l'occasion d'explorer. Il ne nie pas les valeurs, il cherche simplement à en comprendre le pourquoi (ou du moins un pourquoi).

⁹⁵¹ Cette question du domaine de validité occupera une grande partie de la seconde partie de notre thèse. L'idée de « neutralité » des termes techniques sera aussi développée dans la suite de nos développements.

⁹⁵² Richard Posner, *Wealth Maximization Revisited*, op cit, p 98

⁹⁵³ Lewis Kornhauser, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, op cit, p 602

⁹⁵⁴ Robin Paul Malloy, *Is Law and Economics Moral? Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner's Economic Analysis*, 1990, *Valparaiso University Law Review*, vol 24, pp 147-161, pp 156-159. Malloy décide volontairement de se placer, comme le titre de son article l'indique, dans une perspective de libéralisme classique (il prend pour référence Smith, Hayek ou encore Friedman).

must be missing something fundamental. I do not question the depth of moral sentiment in areas where that sentiment may be opposed to efficient solutions to social problems. But I do deny that natural rights provide a coherent, cogent, sensible, alternative view that Professor Malloy alludes to and that I think remains most influential in current natural rights thinking in American Law is the view of natural rights that comes from John Locke »⁹⁵⁵. La justification du critère sort légèrement du terrain normatif : sa valeur ne réside plus dans « la moralité » de ses résultats mais dans son intérêt méthodologique (lequel, en étant susceptible de rationaliser de nombreuses normes morales, retrouverait alors sa normativité)⁹⁵⁶. Si le raisonnement ne se situe, par définition, que sur le terrain de normes morales, le débat est alors impossible puisque la « solution » ne fait que dériver des prémisses sur lesquelles aucune discussion « rationnelle » n'est envisageable⁹⁵⁷.

Remarquons aussi que Posner (comme Kaplow et Shavell) retient une conception relativement simple des droits naturels orientée plus vers les théories modernes qu'antiques (Aristote par exemple⁹⁵⁸) : étant des absolus, ils ne permettent pas d'en discuter les fondements ou d'en exprimer les limites. Dès lors, la construction de situations vantant les mérites du « pragmatisme » et de l'arbitrage est relativement simple.

c. les biais de l'analyse en termes d'efficience

Nous avons insisté jusqu'à présent sur les différentes lignes de justification du critère. En supposant que l'une de ces lignes soit « valable », il convient de s'interroger sur les biais de l'analyse. En un sens, tout critère normatif est biaisé en raison de sa nature même : un devoir être n'étant pas un être, il ne peut être vrai ou faux objectivement⁹⁵⁹. Néanmoins, le biais n'est que relatif à une position différente. Il s'agira donc moins de présenter ces biais que leur origine.

⁹⁵⁵ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, 1990, *Valparaiso University Law Review*, vol 24, pp 163-173, p 170

⁹⁵⁶ La dimension méthodologique du critère d'efficience constitue, nous le verrons, une raison puissante de son utilisation.

⁹⁵⁷ Cette justification plus large et finalement méthodologique sera abordée dans la suite de notre thèse.

⁹⁵⁸ Par exemple, Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op cit, 1133b-1134a : « *la justice est à son tour une sorte de médiété, non pas de la même façon que les autres vertus, mais en ce sens qu'elle relève du juste milieu, tandis que l'injustice relève des extrêmes* ».

⁹⁵⁹ Sauf à prendre une position méta. Nous n'insisterons pas, ici, sur la distinction de Hume entre l'être et le devoir être. Cette distinction est souvent perçue comme fondamentale mais pourrait être remise en cause par les découvertes de la biologie. La question reste actuellement débattue et nous ne rentrerons pas dans le débat. Sur ce point, on pourra se référer notamment (et la liste est loin d'être complète) à Jane Maienschein et Michael Ruse, *Biology and the Foundation of Ethics*, op cit ; Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, etc. Plus globalement, certaines théories laissent penser à un retour au droit naturel, à une « détermination » objective de règles normatives.

Nous aurons l'occasion d'insister notamment sur le lien étroit entre rationalité et efficacité dans le raisonnement économique : la conception de la rationalité a un impact décisif sur l'utilisation normative du critère d'efficacité. Avant de développer ce point, il est utile de revenir sur la position « politique » de Richard Posner dans la mesure où elle éclaire le débat d'une façon tout à fait pertinente⁹⁶⁰.

Dans la réponse que Posner⁹⁶¹ adresse à Malloy dans son débat relatif à la moralité de l'analyse économique du droit, le professeur de Chicago présente sa position politique : « *I consider myself to be a pragmatic economic libertarian* ». Le biais conservateur (même si ce mot n'a jamais fait l'objet d'une réelle définition) des tenants de l'analyse économique « traditionnelle » (mais aussi plus largement des économistes⁹⁶²) a été plusieurs fois souligné et sert même parfois de base pour rejeter en bloc l'analyse⁹⁶³. L'affirmation première de Posner se décompose ensuite en trois sous principes : (1) Posner « *is suspicious of public intervention* »⁹⁶⁴ ; (2) « *Basically my view is that the role of government is to intervene and correct, the best it can, serious market failures* »⁹⁶⁵ ; (3) « *My point is only that I do not intend to try to derive my free market views from something more fundamental, more rigorously philosophical* »⁹⁶⁶. Dès lors, pour Posner, le critère de maximisation de la richesse n'est qu'une mise en œuvre de son libertarianisme économique (et donc non nécessairement de l'aspect pragmatique⁹⁶⁷).

⁹⁶⁰ Nous ne souhaitons pas avancer l'idée que l'analyse de Posner « est » politique dans la mesure où cette reconnaissance ne peut être réalisée que d'un point de vue politique. L'analyse de Posner et finalement n'importe quelle analyse peut être perçue comme politique. Il s'agira pour nous de montrer le socle sur lequel se fonde ce type d'approche.

⁹⁶¹ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit

⁹⁶² Il a été ainsi (dé)montré qu'un cours de microéconomie avait une influence sur les tendances politiques des étudiants (en économie en l'occurrence). Par exemple: William Luker et Wanda Proctor, *The Effect of Introductory Courses in Microeconomics on the Political Orientation of Students*, 1981, *Journal of Economic Education*, vol 12, pp 54-57. En un sens, comme nous le verrons, le résultat n'est pas très surprenant. Si nous supposons que les individus sont rationnels, la justification des interventions de l'état est nécessairement d'une autre nature.

⁹⁶³ C'est d'ailleurs globalement contre cette approche que sont apparues les « critical studies ». Voir par exemple Duncan Kennedy, *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in Peter Newmann, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 2, pp 465-474; Posner précise d'ailleurs qu'il s'agit d'une « critique récurrente » même si pour lui certaines analyses ne présentent aucun biais politique (Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e édition, op cit, p 27). Pour une position inverse, voir Robin Paul Malloy, *Law and Economics, A Comparative Approach to Theory and Practice*, 1990, West Publishing Company, Saint Paul, 166 pages. Un tel débat n'a aucune solution puisque la dimension politique est par définition créée.

⁹⁶⁴ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 165

⁹⁶⁵ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 166

⁹⁶⁶ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 166

⁹⁶⁷ Cet aspect pragmatique domine pourtant ses dernières œuvres et sa justification du critère de maximisation de la richesse.

La position de Posner ne vaut pas, bien évidemment, pour l'ensemble des tenants de l'analyse économique du droit (même si la ligne générale est souvent présente dans les analyses). Néanmoins, elle permet d'éclairer de façon pertinente le rôle normatif des critères d'efficacité : l'efficacité justifie l'intervention de l'Etat (et par extension, l'efficacité justifie le droit⁹⁶⁸). L'Etat ne peut donc pas agir s'il ne prouve pas l'efficacité de son action⁹⁶⁹ (d'où le biais de statu quo) : *par définition le changement doit se justifier alors que le statu quo est valorisé en tant que tel* (il peut même être considéré comme Pareto optimal puisque, par définition, aucune alternative n'existe encore). En adoptant ce point de départ, le présent a une force normative par lui-même car il n'a pas à « prouver » son efficacité. Ceci est évident dans le cas du critère de Pareto : s'il suffit qu'un individu s'oppose au changement pour que celui-ci n'ait pas lieu, cela implique qu'il bénéficie d'un droit au statu quo. Dans le cas du critère de Kaldor Hicks, la force de l'immobilisme est moins présente puisque ce critère est censé être plus opérationnel. Néanmoins, comme le montre Markovits, « *In particular, the Kaldor Hicks test is generally biased in favor of the status quo because the diminishing marginal utility of money normally results in the winners' positive and the losers' negative equivalent dollar valuation of policy's being positively wealth elastic* »⁹⁷⁰. Plus généralement, quel que soit le critère d'efficacité, celui-ci est utilisé pour justifier le changement. Le changement pour le changement ou pour l'expérience n'est pas valorisé sans que celui-ci « rapporte » quelque chose. Ajoutons à cela que tout changement est par définition coûteux puisqu'il oblige, justement, à changer.

Ce biais de statu quo est renforcé (en fait justifié) par la rationalité des agents : quel que soit le test, nous supposons que les agents sont capables d'évaluer l'impact du changement (et même qu'ils le font de façon rationnelle). Si deux individus rationnels contractent et qu'il n'existe pas d'externalité (ou que les coûts de transaction sont proches de zéro), cette transaction est supposée efficace et rien ne justifie alors l'intervention de l'Etat.

Si nous supposons en revanche qu'un individu évalue mal l'impact de telle ou telle réglementation ou contrat (il pense par exemple « perdre » 2 si telle réglementation passe et une fois la réglementation passée il s'avère qu'il a en fait « gagné » 1), l'impact d'un tel phénomène pour les politiques serait important (tout écart entre l'estimation et la réalité aurait un impact) puisqu'il

⁹⁶⁸ Voir infra notre section consacrée au théorème de Coase.

⁹⁶⁹ C'est dans cette optique que Matthew Alder et Eric Posner (*New Foundations of Cost Benefit Analysis*, op cit) justifient l'analyse coûts-bénéfices : elle donne une « légitimité » (au moins partielle) au changement.

⁹⁷⁰ Richard Markovits, A Constructive Critic of Traditional Definition and Use of the Concept of “the Effect of a Choice on Allocative (Economic) Efficiency”: Why the Kaldor Hicks Test, The Coase Theorem, and Virtually All Law and Economics Welfare Arguments are Wrong, op cit, p 487. Autrement dit, les gagnants ont tendance à sous estimer et les perdants à surestimer leurs gains et leurs pertes si bien que le test est plus difficile à passer (l'auteur tient compte de l'effet de richesse ; il faudrait aussi ajouter le risque de réversibilité). Si nous utilisons la « *prospect theory* » tout ceci est évident.

permettrait des actions « paternalistes » (encore faudrait il pouvoir déterminer quand ces actions sont nécessaires⁹⁷¹). Les critères d'efficacité n'auraient plus aucun sens sans le principe de rationalité des agents (ou plus précisément ne se justifieraient plus par l'idée d'efficacité mais par l'idée de consentement⁹⁷² ou par des principes généraux comme la liberté, etc...) : peut-on encore affirmer qu'un échange est Pareto optimal si les agents ne connaissent pas leur bien-être ? Quelle est la validité du test de Kaldor Hicks si les agents ne sont pas capables d'évaluer leurs gains et leurs pertes ? Comment justifier la maximisation de la richesse si les individus ont une évaluation monétaire erronée de leur utilité ?

La conception de la rationalité des agents est donc fondamentale à la détermination de la solution efficace⁹⁷³. Si les individus sont parfaitement rationnels, le paternalisme ne sert à rien et l'Etat ne doit s'occuper que des défaillances de marché (et encore... puisque certaines « défaillances » peuvent s'avérer, in fine, efficaces, notamment si les coûts de transaction ne sont pas nuls). C'est sous cet angle que l'analyse économique du droit a été qualifiée d'approche « libérale »⁹⁷⁴. Si les individus ne sont pas parfaitement rationnels, la question est alors de savoir si les individus sont mieux à même d'évaluer ce qui est bon pour eux (cette conception présuppose nécessairement que l'Etat sert les individus et non l'inverse⁹⁷⁵). Nul n'ayant un véritable accès à la dimension

⁹⁷¹ Soit le modèle de rationalité détermine les défaillances et dans ce cas il sera possible théoriquement à l'agent de s'auto-corriger, soit le modèle ne le spécifie pas et la question reste ouverte.

⁹⁷² Et encore, le consentement pour être réel doit être éclairé... et la frontière entre consentement « réel » et absence de consentement est délicate à circonscrire. En un sens les articles 1123 et 1124 du code civil, en définissant les personnes capables ou non de contracter ne font que tracer une frontière entre les individus présumés « rationnels » et les individus présumés « non rationnels ».

⁹⁷³ Il est possible de se demander si l'efficacité n'impose pas in fine une rationalité du type néoclassique. Il est cependant douteux que le raisonnement néoclassique soit toujours accepté : l'individu passera alors pour « froid », « calculateur », « hypocrite » (puisque'il ne sera pas nécessairement sincère), « cynique », etc... Une fois de plus ce problème sera développé plus avant dans la suite de notre thèse. Si un individu explique à sa future épouse qu'il souhaite se marier uniquement en raison des avantages que lui procure la situation matrimoniale (avantages fiscaux, économies d'échelles, facilité à procréer, etc..), il est fort probable que le mariage soit annulé ou reporté. De la même manière, le bénévolat ne signifiera plus alors que l'individu trouve un intérêt à aider son prochain et son acte n'étant plus perçu comme un acte gratuit sera alors dévalorisé.

⁹⁷⁴ Cette position est réductrice. Amartya Sen montre même l'ambiguïté existant entre le libéralisme et le respect du principe de Pareto (sous certaines conditions visant les préférences individuelles) : Amartya Sen, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, 1970, *The Journal of Political Economy*, vol 78, pp 152-157, p 157 : « *If someone takes the Pareto principle seriously, as economists seem to do, then he has to face problems of consistency in cherishing liberal values, even very mild ones. [...] While the Pareto criterion has been thought to be an expression of individual liberty, it appears that in choices involving more than two alternatives it can have consequences that are, in fact deeply illiberal.* ».

⁹⁷⁵ Des degrés existent bien évidemment et la question de la relation entre l'Etat et les individus (et plus généralement la relation de l'individu au groupe) est pour partie culturelle. Nous n'entrerons pas ici dans ces détails et nous présupposons un principe

psychologique, il faut recourir soit à l'idée de préférences « susceptibles de survivre à l'idéalisation » (même s'il est délicat de savoir exactement ce qu'une telle proposition signifie), soit à une idée de « bien » transcendant et in fine purement culturel (et dans ce cas déterminer qui détient la connaissance de ce bien) ; c'est-à-dire à des éléments permettant de déterminer « objectivement » quand l'individu fait ou est susceptible de faire des erreurs. Tout comme l'apprentissage du langage, il existe un apprentissage du « bien » et du « mal » (condition même de la vie en groupe) dont le mécanisme ne peut être expliqué sous la forme d'une programmation linéaire et qui reste hautement intuitif et holistique⁹⁷⁶. Cette méthode reste néanmoins trop abstraite pour permettre une détermination objective de ce « bien » pour l'individu.

Outre ces différents éléments fondamentaux, le raisonnement en termes d'efficacité pose encore deux difficultés sur le plan normatif : il est essentiellement conséquentialiste (et donc potentiellement nihiliste) et il fournit une ancre dont il est parfois difficile de s'émanciper.

L'efficacité ne vise que le résultat et non le moyen de l'atteindre si bien qu'il serait possible de croire qu'un tel raisonnement est analogue au principe selon lequel « *la fin justifie les moyens* », d'où le risque de nihilisme. La position est en fait plus complexe dans la mesure où la fonction d'utilité peut tenir compte du moyen, que la fin d'un projet ne peut être que le moyen vers une fin « supérieure », et que l'agrégation des préférences peut conduire à en rejeter certaines (on ne tiendra pas compte du plaisir du meurtrier pour interdire le meurtre... même si en en tenant compte le résultat serait le même⁹⁷⁷). Nous n'insisterons pas davantage ici sur cette question que nous retrouverons lorsque nous analyserons la relation entre le droit et l'efficacité (et la validité de la transposition).

Le raisonnement en termes d'efficacité nous fournit une ancre dont il sera parfois difficile de s'émanciper. Il pose un point de départ à toute analyse. Si une situation apparaît inefficace, il s'agira de savoir pourquoi et si le changement est désirable. Si une solution apparaît comme inefficace mais « inacceptable », il s'agira aussi de s'interroger sur les raisons de cette « inacceptabilité » et éventuellement d'inclure dans l'analyse des éléments qui n'y figuraient pas auparavant. Entrer dans la logique économique revient à sélectionner certaines formes de

d'individualisme. Notons au passage que le choix de l'individualisme méthodologique en économie impose, en un sens, d'aboutir à de tels questionnements.

⁹⁷⁶ Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points dans la suite de notre thèse.

⁹⁷⁷ Notons d'ailleurs la difficulté du discours de l'analyse économique : remet-elle en cause les valeurs ou cherche-t-elle à montrer qu'une structuration « plus scientifique » permet de les justifier ? Dans le premier cas, il serait possible de considérer que l'analyse est nihiliste en ce sens qu'elle rejette toute valeur a priori, dans le second il ne s'agit que de rationaliser quelque chose de donné sans pour autant rejeter l'adhésion à ces valeurs.

justification et de raisonnement. Il est alors nécessaire de faire un effort pour « sortir » de la logique économique et l'observer « de haut ».

2. La question de l'efficacité et de la répartition des ressources

Nous avons eu l'occasion de souligner, lorsque nous avons présenté les différents critères d'efficacité, que la répartition des richesses n'était pas incluse dans l'analyse. Il est impossible de choisir par exemple, sur la base du critère de Pareto, entre un individu qui a tout et un individu qui n'a rien et une répartition égalitaire des ressources. De même, les critères de Kaldor Hicks ou de maximisation de la richesse ne visent pas spécifiquement la répartition des richesses : la position originale des acteurs n'a pas d'influence sur le résultat⁹⁷⁸. L'efficacité définirait une « norme » de justice autonome par rapport à un raisonnement purement éthique.

Ce raisonnement se fonde sur une métaphore : l'efficacité vise à augmenter la taille du gâteau et le partage n'est qu'une opération subséquente. Dès lors, si le droit n'est pas le meilleur instrument pour répartir les richesses, il pourrait n'avoir qu'à se soucier de l'efficacité (a). Néanmoins, si la taille dépend de la répartition, et que la séquence ne devient qu'une note (la décomposition chronologique est impossible), le raisonnement est susceptible de s'effondrer en redonnant la possibilité aux règles juridiques de s'affranchir du raisonnement en termes d'efficacité (b)⁹⁷⁹.

Cette question a donné lieu à une très vaste littérature dont il ne sera pas possible ici de présenter l'ensemble des arguments⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Que l'individu soit « pauvre » ou « riche » n'est pas (nécessairement) pertinent pour l'analyse. Si le transfert d'un « riche » vers un « pauvre » ou d'un « pauvre » vers un riche s'avère « efficace », il pourra être valorisé sur la base de ces critères.

⁹⁷⁹ En fait, nous le verrons, la justification de l'absence d'interrogation sur la répartition des richesses est plus pragmatique.

⁹⁸⁰ Nous présenterons ici une bibliographie indicative sur laquelle nous reviendrons de façon plus approfondie dans cette partie. La plupart des arguments sont techniques et formalisés, nous ne reviendrons pas explicitement sur les différents modèles. La justification de l'absence de prise en compte de la répartition des richesses a pris une nouvelle tournure (dans la mesure où elle tente de rationaliser plus profondément la logique) avec la publication de Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 1994, *Journal of Legal Studies*, vol 23, pp 667-681. Cet article, sur lequel nous reviendrons, n'est pas à proprement parler le premier à s'interroger sur l'efficacité relative du droit et de la fiscalité afin de redistribuer les richesses (Steven Shavell, *A Note of Efficiency vs Distributional Equity in Legal Rulemaking : Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation*, 1981, *American Economic Review*, vol 71, pp 414-418 ; le raisonnement utilisé par Shavell n'est pas à proprement parler nouveau et il utilise notamment les travaux de Aanund Hylland et Richard Zeckhauser, *Distributional Objectives Should Affect Taxes but not Program Choice or Design*, 1979, *Scandinavian Journal of Economics*, vol 81, pp 264-284 ; James Mirrlees, *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation*, 1971, *Journal of Economic Studies*, vol 38, pp 175-208). Les auteurs préciseront leur pensée (pour répondre à une critique de Sanchirico) dans Louis Kaplow et Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor ? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 821-835 ; voir enfin Steven

a. explicitation et justification des fondements de la métaphore de la taille du gâteau et de son partage : les règles de droit n'ont pas à s'intéresser à la répartition des richesses

Les règles juridiques doivent-elles viser autre chose que l'efficacité ou doivent-elles rechercher aussi une redistribution des richesses ? Sous prétexte de la faiblesse économique des locataires individuels, doit-on mettre en place des règles « pro-locataire » (par exemple en imposant des conditions pour pouvoir mettre son bien en location, en garantissant le locataire de ne pas pouvoir être expulsé, etc...⁹⁸¹) ou encore doit-on moduler les sanctions en fonction de la « richesse » des individus⁹⁸² ? Nous retrouvons ici la métaphore du gâteau et de sa répartition. Si les opérations de fabrication et de répartition sont séparées, l'augmentation de la taille du gâteau sera bénéfique, potentiellement, à l'ensemble des individus (l'augmentation de la taille du gâteau génère un gain en termes de bien-être qui pourra faire l'objet d'une nouvelle répartition)⁹⁸³.

Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, spécialement pp 647-660. L'idée de cette série est toujours d'affirmer que l'efficacité doit être la seule préoccupation des règles juridiques. Outre Kaplow et Shavell, Weisbach présente des arguments similaires mais sans formalisation (David Weisbach, Should Legal Rules be Used to Redistribute Income ?, 2003, *University of Chicago Law Review*, vol 70, pp 439-453).

Chacun de ces articles (et de l'ouvrage) a évidemment fait l'objet de critiques nombreuses (nous ne citerons ici que les négatives dans la mesure où elles présentent des éléments différents), voir par exemple : Ronen Avraham, David Fortus et Kyle Logue, Revisiting the Role of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution : A Response to Kaplow & Shavell, 2004, *Iowa Law Review*, vol 89, pp 1125-1158 ; Tomer Blumkin et Yoram Margalioth, On the Limits of Redistributive Taxation : Establishing a Case for Equity Inform Legal Rules, 2005, *Virginia Tax Review*, vol 25, pp 1-29 ; Christine Jolls, Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules, 1998, *Vanderbilt Law Review*, vol 51, pp 1653-1677 ; Daphna Lewinsohn-Zamir, In Defense of Redistribution Through Private Law, 2006, *Minnesota Law Review*, vol 91, pp 326-397 ; Richard Markovits, Why Kaplow and Shavell's « double distortion argument » articles are wrong, 2005, *George Mason Law Review*, vol 13, pp 511-619 ; Chris Sanchirico, Taxes versus Legal Rules, as Instruments for Equity : a More Equitable View, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 797-820 ; Chris Sanchirico, Deconstructing the New Efficiency Rationale, 2001, *Cornell Law Review*, vol 86, pp 1003-1089.

⁹⁸¹ En fait, nous le verrons, il est délicat d'affirmer que telle ou telle règle est « pro-quelqu'un ».

⁹⁸² Sur cette dernière question (et pour une réponse positive), voir par exemple David Friedman, Reflections on Optimal Punishment, or : Should the Rich Pay Higher Fines, 1981, *Research in Law and Economics*, vol 3, pp 185-205 ; John Lott, Should the Wealthy be Able to "Buy Justice"?, *Journal of Political Economy*, vol 95, pp 1307-1316.

⁹⁸³ Si un gâteau fait 8 et un autre gâteau (en fait le même mais en plus gros) 10, qu'il y a deux convives et que la répartition ne dépend pas de la taille du gâteau, l'espérance de gain augmente pour chacun des individus. Toutes choses égales par ailleurs, le passage de 8 à 10 est Pareto supérieur (chacun des convives préférera partager 10 plutôt que 8) ; le partage de 10 est nécessairement Kaldor Hicks supérieur au partage de 8. L'argument est proche du raisonnement en termes de consentement a priori avancé par Posner.

Deux sous questions se posent alors : pourquoi vouloir (devoir ?) redistribuer les richesses ? Cette redistribution est-elle efficiente si elle est organisée par les règles juridiques ? La deuxième question sera évidemment celle qui nous retiendra le plus longtemps.

1. Pour l'économie du bien-être, seul le bien-être⁹⁸⁴ des individus compte. A supposer qu'il soit possible de construire une fonction de bien-être social⁹⁸⁵, en quoi une répartition des richesses est-elle susceptible d'augmenter celui-ci ? Notons que la répartition des richesses se limite généralement à la question du revenu. Kaplow et Shavell notent ainsi : « *We discuss the distribution*

⁹⁸⁴ Cette conception étant plus ou moins inclusive. Voir Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, spécialement pp 18-24 ; pour une critique, voir Lewis Kornhauser, Preference, Well Being, and Morality in Social Decisions, 2003, *Journal of Legal Studies*, vol 32, pp 303-329 ; ou encore Howard Chang, The Possibility of a Fair Paretian, 2000, *Yale Law Journal*, vol 110, pp 251-258; Michael Dorff, Why Welfare Depends on Fairness, A Reply to Kaplow and Shavell, 2002, *Southern California Law Review*, vol 75, pp 847-899. Kaplow et Shavell, dans une série d'articles, ont essayé de montrer que seul le bien-être des individus devait être pris en compte pour évaluer une politique « juridique » (ce qui, compte tenu de leur hypothèse, les auteurs le reconnaissent, est tautologique ; Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, p 7 ; voir aussi Louis Kaplow et Steven Shavell, Fairness versus Welfare : Notes on the Pareto Principle, Preference and Distributive Justice, 2003, *Journal of Legal Studies*, vol 32, pp 331-362, spécialement p 335) dans la mesure où les critères « déontologiques » peuvent conduire à une situation Pareto inférieure. Sur ce point, voir (outre l'ouvrage précité), Louis Kaplow et Steven Shavell, Notions of Fairness Versus the Pareto Principle : On the Role of Logical Consistency, 2000, *Yale Law Journal*, vol 110, pp 237-249 ; Louis Kaplow et Steven Shavell, The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle, 1999, *American Economic Review*, vol 1, pp 63-77; Louis Kaplow et Steven Shavell, Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle, 2001, *Journal of Political Economy*, vol 109, pp 281-286.

⁹⁸⁵ Sans une fonction de bien-être social, il serait impossible d'affirmer que telle ou telle distribution améliore le bien-être global de la société (la fonction suppose en effet la possibilité d'une comparaison interpersonnelle des utilités). Une fonction de bien-être social $[W(x)]$ traduit le lien entre le bien-être social et l'utilité individuelle de chacun des individus $[W(x)=F(U_1(x), U_2(x), \dots, U_n(x))]$. Si l'utilité d'un individu augmente, toutes choses égales par ailleurs, le bien-être social augmente (toute fonction remplissant cette condition peut être considérée comme une fonction de bien-être social). D'une manière générale, nous supposons que si le monde est composé de 2 individus, le bien-être social est supposé le même si 1 a 10€ et 2 a 5€ ou si 1 a 5€ et 2 a 10€ (on évoque formellement la condition de symétrie ou d'anonymat : la position spécifique d'un individu déterminé n'a pas plus d'importance que la position spécifique d'un autre individu déterminé. Par contre, rien n'empêche de donner plus de poids à l'utilité des personnes les moins « riches » ; voir par exemple Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, pp 26-27). La fonction de bien-être social n'est pas sans lien avec le critère de Kaldor Hicks (si $W(x) > W(x')$ alors il est possible théoriquement d'améliorer le bien-être de l'ensemble des individus par le passage de l'état du monde x à l'état du monde x' . L'état x' sera donc considéré comme préférable à l'état x). Elle suppose nécessairement la possibilité d'arbitrer entre les utilités des différents individus (et donc une de comparaison interpersonnelle des utilités qui est quelque peu délicate si les utilités sont fondées sur les préférences des individus ; il faudra alors pouvoir déterminer qui est mieux et qui est moins bien après une intervention et la magnitude ces différences, ce qui suppose nécessairement un complément d'information (voir par exemple Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost Benefit Analysis*, op cit, spécialement pp 40-41) et donc un choix qui ne relève plus exactement de l'économie du bien-être).

of income rather than the distribution of well-being because much analysis of distributive issues refers to the distribution of income and because many redistributive policies operate through individuals' incomes»⁹⁸⁶.

Plusieurs raisons pourraient conduire à considérer que la redistribution des richesses (en termes de revenu) peut augmenter le bien-être social. La première, la plus classique, est de considérer (contrairement au principe de *wealth maximization*) que l'utilité retirée d'une unité monétaire décroît avec l'augmentation de la richesse d'un individu. Nous retrouvons la logique du principe de l'utilité marginale décroissante dans la consommation d'un bien (présentée souvent comme faisant partie de la définition de la rationalité individuelle⁹⁸⁷). Trivialement, un euro dans les mains d'un « pauvre » vaut – en termes de bien-être – plus qu'un euro dans les mains d'un « riche »⁹⁸⁸.

Shavell identifie deux autres possibilités⁹⁸⁹. La fonction de bien-être social choisie peut impliquer une répartition des richesses (du « riche » vers le « pauvre » ou du « pauvre » vers le « riche »), contrairement à la fonction de bien-être social « utilitariste » qui se contenterait d'une addition des utilités individuelles pour déterminer le bien-être social. Rappelons à cet égard que la fonction de bien-être social est croissante en fonction de l'utilité des individus et que toute fonction remplissant cette condition peut être utilisée. Il est alors possible de construire une fonction de bien-être social qui tient compte de la distribution des utilités (affectée elle-même par la distribution de la « richesse »)⁹⁹⁰. Dès lors, même en supposant que la somme des utilités soit la même, la répartition de celles-ci aura une influence puisque ce sera leur agrégation qui permettra de déterminer le bien-être social. Si la fonction de bien-être social est la fonction racine carré⁹⁹¹, le monde dans lequel A dispose de 100 et B de 50, n'est pas le même que celui dans lequel A dispose de 75 et B de 75 ou que celui dans lequel A dispose de 150 et B de 0 (même en supposant que l'utilité de A corresponde à sa « richesse »).

⁹⁸⁶ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, p 28 (note 25). Classiquement, afin de faciliter le raisonnement, les économistes considèrent que l'utilité d'une personne est égale à sa richesse (dans ce cas, l'utilité marginale décroissante n'est pas présente ; par exemple Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 648 (note3))

⁹⁸⁷ Sans cette condition, il serait impossible de résoudre le paradoxe de Saint Petersburg.

⁹⁸⁸ Nous raisonnons ici en termes relatifs et toutes choses égales par ailleurs. Remarquons que la fonction décroissance de l'utilité marginale d'une unité monétaire conditionne alors la politique de répartition si bien que la question est avant tout de déterminer cette fonction (de façon généralement arbitraire).

⁹⁸⁹ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, pp 648-649

⁹⁹⁰ Le choix de la fonction de bien-être social est donc fondamental pour la détermination de la politique de redistribution.

⁹⁹¹ Il s'agit de l'exemple utilisé par Shavell (Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 648). En fait, dès lors que la dérivée seconde est négative, un tel phénomène (transfert du riche vers le pauvre pour augmenter le bien-être social) se produit.

Enfin, il est possible que la fonction d'utilité des individus dépende, pour partie, de la répartition des richesses : « *even if the rich and the poor obtain the same direct marginal utility from a dollar, and even if social welfare equals the sum of utilities and thus does not depend in an intrinsic way on the distribution of utility, it may still be true that social welfare may rise if the distribution of income is more equal* »⁹⁹². Il existerait une forme de goûts pour une répartition « équitable » (ou plus équitable) des richesses⁹⁹³.

2. Si la redistribution des richesses a une influence sur le « bien-être » social, se pose alors la question de savoir « *whether the choice of legal rules ought to be influenced by consideration of their redistributive effects* »⁹⁹⁴ ou encore « *whether they [les règles juridiques] should be designed to redistribute or whether they should merely be efficient* »⁹⁹⁵. Plusieurs réponses ont été apportées à cette question. Il est possible de distinguer entre les arguments classiques et l'argument de la double distorsion proposé par Kaplow et Shavell⁹⁹⁶. Le dernier étant plus spécifique (et parfois même considéré comme décisif) que les premiers, nous commencerons par celui-ci.

Kaplow et Shavell partent d'une idée simple. Il existe plusieurs méthodes pour redistribuer les richesses. Parmi ces méthodes, nous avons le recours au droit (sous entendu privé) et le recours à l'impôt sur le revenu (au sens large). Se pose alors la question de savoir si un de ces systèmes est plus efficace pour accomplir l'objectif de redistribution. Si l'impôt sur le revenu s'avère la meilleure solution, il existerait une sorte de spécialisation fonctionnelle entre le droit et l'impôt (mais l'impôt n'est pas perçu lui-même comme résultant du droit). La réponse des auteurs est nette : « *even though the income tax distorts work incentives, any regime with an inefficient legal rule can be replaced by a regime with an efficient legal rule and a modified income tax system designed so that every person is made better off* »⁹⁹⁷.

⁹⁹² Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 649

⁹⁹³ Si ce goût est intégré dans les préférences des individus, introduire une dimension « extérieure » de moralité dans le choix des règles juridiques sera nécessairement inefficace. Nous retrouvons ici l'argument de Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit. Nous nous intéresserons ici plus spécialement à la question de la distribution des « revenus » (à la redistribution « monétaire »).

⁹⁹⁴ Steven Shavell, A Note on Efficiency vs Distributional Equity in Legal Rulemaking : Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation ?, op cit, p 414

⁹⁹⁵ David Weisbach, Should Legal Rules be Used to Redistribute Income ?, op cit, p 439

⁹⁹⁶ Louis Kaplow et Steven Shavell, Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, op cit

⁹⁹⁷ Louis Kaplow et Steven Shavell, Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, op cit, p 669

Dès lors qu'il existe une redistribution des richesses, il existe une première distorsion (outre l'argent « perdu » dans le processus de redistribution qui est lui-même coûteux⁹⁹⁸). Si le travail d'un individu rationnel n'est pas imposé (ou « taxé »), celui-ci réalisera un arbitrage entre travail et loisir différent du cas dans lequel son travail serait imposé. (Idéalement) Un individu rationnel devrait choisir le nombre d'heures travaillées de façon à ce que la combinaison entre travail et loisir maximise son utilité (c'est-à-dire jusqu'à ce que l'utilité procurée par la dernière unité de travail soit la même que l'utilité procurée par la dernière unité de loisir⁹⁹⁹). L'individu travaillera donc tant que le coût marginal d'une unité de travail supplémentaire (bénéfice marginal d'une unité de loisir supplémentaire) sera inférieur au bénéfice marginal tiré d'une heure de travail supplémentaire (coût marginal d'une unité de loisir supplémentaire)¹⁰⁰⁰.

Supposons pour plus de simplicité que l'unité soit l'heure et qu'un individu A gagne 50€ par heure. S'il maximise son utilité, sa dernière unité de loisir devrait lui « rapporter » 50€ (ou un peu plus si on raisonne en unités indivisibles ; l'individu serait donc prêt à payer 50€ pour obtenir une unité de loisir supplémentaire). Dans cette configuration, supposons que l'individu travaille 40 heures. S'il est imposé à 10%, une heure de travail lui rapportera 45€ et non plus 50€. Il modifiera donc son temps de travail puisque celui-ci sera relativement moins « attractif » que le loisir (en règle générale¹⁰⁰¹, il diminuera son temps de travail puisqu'il suffit qu'il évalue une heure de loisir supplémentaire à au moins 45€ pour qu'il préfère le loisir au travail).

⁹⁹⁸ Ce point ne fait cependant pas l'objet d'une analyse plus approfondie par les auteurs.

⁹⁹⁹ Si l'utilité procurée par une unité supplémentaire de travail est supérieure à l'utilité procurée par une unité supplémentaire de loisir, l'individu choisira de travailler. Si l'utilité procurée par une unité supplémentaire de travail est inférieure à l'utilité procurée par une unité supplémentaire de loisir, l'individu préférera ne pas travailler. Ceci suppose bien évidemment un marché du travail parfaitement flexible. Concrètement, si vous pouvez travailler au maximum 100 heures par semaines et qu'une heure de travail vous rapporte 50€, vous avez le choix entre travailler 100h et gagner 5000€ ou ne pas travailler du tout et passer 100h en loisirs (notons au passage qu'une heure de loisir « coûte » 50€ à la personne puisqu'en ne travaillant pas, elle renonce à ce gain ; ne pas travailler indique donc que l'heure de loisir vaut plus de 50€ pour l'individu). Classiquement les individus vont rechercher un mixte entre travail et loisir. Le résultat de la maximisation dépendra du taux horaire, et bien sûr des préférences des individus si bien qu'une augmentation de salaire peut conduire l'individu soit à travailler plus, soit à travailler moins (nous retrouvons la discussion que nous avons eu sur l'effet de revenu et l'effet de substitution développée dans le chapitre sur la rationalité).

¹⁰⁰⁰ Dit autrement, il suffit d'imaginer que l'individu ne cherche qu'à maximiser son revenu et que celui-ci dépend à la fois du revenu tiré des heures travaillées mais aussi du revenu « psychique » tiré des heures de loisir. Le revenu tiré des heures travaillées croît de façon linéaire (au fur et à mesure que le temps de travail augmente). Par contre, le revenu tiré des loisirs décroît de plus en plus rapidement (dérivé seconde positive) au fur et à mesure que le temps consacré au loisir augmente (les premières heures de loisir lui rapporte plus que les dernières).

¹⁰⁰¹ Traditionnellement, les économistes supposent que l'offre de travail, au niveau agrégé, est une fonction croissante du salaire. Autrement dit, le temps travaillé globalement sera plus important si les salaires sont hauts que si les salaires sont bas (nous ne nous intéressons pas ici aux extrémités de la courbe). Ceci ne signifie cependant pas, comme nous l'avons précisé dans la précédente note, que, en ce qui concerne un individu, la tendance soit nécessairement à la diminution du temps de travail. La

Imposer le revenu conduit donc à une distorsion (perte d'efficacité par rapport à l'équilibre de concurrence pure et parfaite) puisqu'au niveau global, les individus travaillent moins. La société est donc moins riche en raison de sa décision d'imposer les revenus. Les économistes ne s'accordent pas sur l'importance de cette distorsion (cette question ne nous intéresse pas pour avancer l'argument présentée par Kaplow et Shavell. Nous ne nous y engagerons pas).

Si la redistribution passait par les règles juridiques, il y aurait une double distorsion. Supposons qu'une règle juridique ne soit pas fixée à son niveau efficace mais qu'elle ait en partie pour objectif de redistribuer. Par exemple, il suffirait que les indemnités ou les amendes dues par les « riches » soient plus importantes que les indemnités ou amendes dues par les « pauvres » ; autrement dit, « *an individual accident costs are function of his income* »¹⁰⁰². Dans ce cas, lorsque l'individu va arbitrer entre travail et loisir, son choix tiendra compte du fait qu'en travaillant plus, il risque de payer plus. Une première distorsion apparaît alors. De même, comme la règle n'est pas efficace, par définition, il en résulte de nouvelles pertes (les individus vont par exemple prendre trop ou pas assez de précautions relativement au niveau socialement optimal).

Pour Kaplow et Shavell, il serait possible de transformer la situation en établissant la règle efficace et en modifiant l'imposition sur le revenu de façon à obtenir les mêmes effets en termes de redistribution. Cette transformation serait en outre plus efficace dans la mesure où elle n'entraînerait qu'une seule distorsion (et donc un gain net par rapport à la précédente situation) : « *given any regime with an inefficient legal rule (notably, one intended to help achieve a redistributive goal), there exists an alternative regime with an efficient legal rule and a modified income tax system in which all individuals are better off* »¹⁰⁰³. La nouvelle situation serait donc potentiellement Pareto optimale.

Afin de pouvoir atteindre cette conclusion, il faudrait démontrer que la distorsion dans l'arbitrage entre travail et loisir entraînée par la modification de l'imposition sur le revenu serait la même que la distorsion entre arbitrage et loisir liée à l'établissement d'une règle juridique ayant des visées redistributives (nous continuons ici à négliger le coût administratif du fonctionnement de cette nouvelle imposition). Dans un tel cas il serait véritablement possible de comparer une distorsion

fonction d'offre de travail d'un individu est normalement croissante mais on considère que passé un certain seuil, plus le salaire augmente, moins l'individu choisira de travailler (un individu qui se trouverait originellement dans cette partie pourrait donc décider de travailler plus lorsque son salaire diminue).

¹⁰⁰² Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 669. Par simplicité, les auteurs considèrent que la relation est linéaire. Ceci signifie donc qu'un individu pauvre devra payer moins qu'un individu riche alors que l'infraction est la même.

¹⁰⁰³ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 669

simple d'une distorsion double. Si les individus sont rationnels et ne se soucient que de l'utilité espérée, l'argument est valable. En effet, dans le cas d'une imposition sur le revenu, l'individu est certain de payer. Dans le cas d'une règle juridique inefficace, l'individu a simplement une probabilité de payer. La somme qu'il « budgètera » dépendra de la probabilité de payer et de la somme à payer. Si le système d'imposition est bien établi, cette somme « budgétée » sera exactement la même que la somme qu'il devra payer en raison de l'impôt sur le revenu si bien que la distorsion sur l'arbitrage entre loisir et travail sera exactement la même¹⁰⁰⁴. « *Whether it is the tax collector or the courts that take an additional 1 percent of rich people's income and give it to the poor, the reward for work by the rich is reduced by 1 percent, so the distortion of work effort will be the same* »¹⁰⁰⁵. Néanmoins, comme l'inefficacité de la règle n'est plus, ce système doit être préféré à celui dans lequel la redistribution passe par les règles juridiques.

La solution obtenue dépend bien évidemment d'un certain nombre d'hypothèses. Les auteurs reconnaissent ainsi que « *if one relaxes certain of our assumptions, it is possible that legal rules could have an indirect role in improving the efficiency of redistribution accomplished through the income tax* »¹⁰⁰⁶. Nous précisons ces hypothèses dans notre prochaine partie (et donc les critiques qu'il est possible d'adresser à cet argument).

Outre l'argument de la double distorsion, deux arguments classiques reviennent pour amplifier les limitations du système juridique comme outil de redistribution.

Le premier argument est très simple. Supposons qu'une règle juridique impose à un fabricant une responsabilité sans faute du fait des produits qu'il vend. Cette responsabilité renchérit les coûts du fabricant (il est plus coûteux de vendre des produits avec cette garantie pour le consommateur que les vendre sans). Dès lors, le prix du produit vendu au consommateur sera plus important (tout se passe comme si on obligeait l'acheteur à « payer » une assurance en plus du produit, l'assurance étant nécessairement souscrite auprès du fabricant). Ainsi, par la modification du contrat (négocié ou non) les parties peuvent modifier la logique de distribution « voulue » par la règle juridique. Autrement dit, les individus ne sont pas passifs par rapport aux règles juridiques et peuvent adapter leur comportement si bien que l'objectif de redistribution est contourné. Ces phénomènes posent la question de la capacité d'identifier des règles « pro-quelqu'un ».

¹⁰⁰⁴ Nous retrouvons cette idée dans Steven Shavell, A Note on Efficiency vs Distributional Equity in Legal Rulemaking : Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation ?, op cit, p 415

¹⁰⁰⁵ Louis Kaplow et Steven Shavell, Should Legal Rules Favor the Poor ? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, op cit, p 823

¹⁰⁰⁶ Louis Kaplow et Steven Shavell, Should Legal Rules Favor the Poor ? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, op cit, p 825

Remarquons, que ce genre de problème n'est pas spécifique au système juridique et touche également le système d'imposition. L'évasion fiscale, le travail au noir, la réduction du temps de travail et plus globalement toutes les techniques d'optimisation fiscale (donation partage par exemple) sont des exemples frappants. Il serait aussi possible d'ajouter les distorsions déjà mentionnées (arbitrage travail loisir et fixation du niveau de précaution) qui correspondent à des réponses des individus aux règles juridiques ou à l'impôt.

Cet argument est cependant à relativiser. Comme le note Sanchirico, « *it does not apply to situations in which bargaining is impractical, such as that between potential injurers and potential victims... It does not apply to bilateral contracting of any complexity in which default rules have real effects* »¹⁰⁰⁷. De même ce problème est bien plus important lorsque l'objectif premier vise directement la redistribution que lorsque la règle vise à « avantager » un individu ou une classe d'individus lors d'une négociation (soit en favorisant la négociation elle-même, soit en améliorant le pouvoir de négociation notamment en instaurant des règles par défaut si la négociation n'aboutit pas).

Le second argument est tout aussi simple¹⁰⁰⁸. La redistribution par la règle juridique ne permet pas de toucher tous les individus. Autrement dit, seuls les individus ayant l'occasion de faire (ou qui sont susceptibles de faire) un procès dans lequel la règle est en jeu pourront bénéficier de celle-ci. De même, la règle ne s'applique pas en fonction de la personne si bien que des individus qui ne sont pas originellement visés par la règle peuvent tout à fait en bénéficier. Trivialement, tous les « pauvres » ne bénéficient pas d'une redistribution et certains « riches » peuvent en profiter¹⁰⁰⁹. « *The income tax system (including transfer programs) can redistribute from all the rich to all the poor, whereas legal rules have substantially less redistributive potential* »¹⁰¹⁰. Si un système d'assurance

¹⁰⁰⁷ Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, p 1047

¹⁰⁰⁸ Pour plus de détails sur cette question, voir Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1051-1056. L'auteur distingue deux sources qui correspondent, grosso modo, aux cas dans lesquels la redistribution ne bénéficie pas à tous les individus visé théoriquement (et donc au sein de la classe des individus que l'on souhaite favoriser, des « inégalités » seront créées) et aux cas dans lesquels des individus non visés peuvent bénéficier des mesures (et donc augmenter les « inégalités »)

¹⁰⁰⁹ David Weisbach, *Should Legal Rules be Used to Redistribute Income*, p 449. L'auteur prend l'exemple d'une règle juridique visant à favoriser les plaignants par rapport aux défendeurs (et reprend l'exemple fourni par Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 675). Weisbach précise alors que « *it is under inclusive because many poor individuals are never part of a tort suit, so they would not benefit from the rule. Similarly, the rule is over-inclusive because there will inevitably be some rich plaintiffs who benefit* ». On pourrait aussi penser aux règles visant à favoriser les locataires qui font alors tous l'objet de règles clémentes alors qu'ils n'en ont pas tous « besoin ».

¹⁰¹⁰ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 674

apparaît, les solutions sont alors différentes puisque « *the prospective, probabilistic cost becomes the current definitive premium* »¹⁰¹¹.

Evidemment le même genre de problème peut survenir avec le système des impôts. Il suffit de penser, notamment, aux paysans de l'île de Ré qui sont assujettis à l'impôt sur la fortune alors qu'ils ne payent pas l'impôt sur le revenu et à certains milliardaires qui peuvent être moins imposés que des millionnaires.

Il ressort de l'ensemble de ces arguments que beaucoup d'économistes considèrent que la redistribution du revenu ne peut être réalisée de façon efficiente par les règles juridiques et qu'il est préférable, pour atteindre cet objectif, d'utiliser le système des impôts. Notons au passage que l'argument ne concerne que l'objectif de redistribution des richesses et non toutes les formes de redistribution (par exemple, il est possible de vouloir redistribuer à l'intérieur d'une même « classe » de revenus... ce qui ne veut pas nécessairement dire que les règles juridiques sont alors les plus appropriées¹⁰¹²).

b. critique de l'approche, la possibilité pour les règles juridiques de tenir compte d'éléments autres que l'efficience

Le résultat des travaux de Kaplow et Shavell est globalement contre intuitif dans la mesure où le droit a souvent été perçu comme promoteur d'un idéal de justice et non simple outil d'efficience économique. Il ne faut néanmoins pas oublier que Kaplow et Shavell aboutissent à ce résultat dans le cadre d'un modèle qui, comme tel, n'est qu'une représentation stylisée de la réalité. Si certaines des hypothèses sont relaxées, le raisonnement peut être anéanti (nous nous intéresserons spécialement à la question de la double distorsion). Avant de présenter une approche plus technique du problème, il n'est pas inutile de revenir sur la métaphore du partage du gâteau (qui permet de saisir une difficulté de façon intuitive).

1. La métaphore du partage du gâteau est puissante dans la mesure où deux opérations sont bien distinctes : la confection et le partage. Si maintenant la taille dépend du partage, maximiser la taille du gâteau n'est pas nécessairement pertinent.

¹⁰¹¹ Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, p 1052. Nous n'approfondirons pas cette question puisque l'article est explicite.

¹⁰¹² Pour Kaplow et Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, seul doit compter le bien-être des individus. La règle juridique ne doit donc que se préoccuper de l'efficience. Eu égard à leur modèle, ce résultat est, nous l'avons dit, tautologique. Dans les discussions qui vont suivre nous tenterons d'aller au-delà de cette approche.

Le jeu de l'ultimatum fournit ici un exemple frappant puisque c'est le partage qui va déterminer la taille (nous aurions aussi pu utiliser le jeu du centipède). La taille du gâteau est logiquement augmentée si on ajoute 10 au partage. Néanmoins si le partage de ces 10 est refusé, le gâteau retrouve sa taille d'origine. Traiter la taille sans traiter le partage peut donc conduire à anéantir de la richesse. Il serait éventuellement possible de « re-rationaliser » la situation en introduisant une préférence pour la « justice » ou grâce à l'idée de répétition du jeu (la norme est optimale puisqu'elle permet une meilleure survie du groupe¹⁰¹³). Le refus serait alors inefficace en statique mais efficace en dynamique.

2. Plus globalement, le résultat de Kaplow et Shavell se fonde sur un ensemble de postulats. Nous retiendrons ici les quatre plus importants : rationalité des agents, absence d'hétérogénéité face aux règles juridiques, non prise en compte des coûts administratifs de gestion du système. Enfin, le « revenu global » n'est pas le seul indicateur conduisant à vouloir redistribuer¹⁰¹⁴.

a. L'hypothèse de rationalité est une fois encore fondamentale. Afin que l'argument de la double distorsion soit valable, il est impératif de montrer que la distorsion sur le marché du travail liée à la présence d'une règle juridique visant la redistribution ou à l'existence d'un impôt sur le revenu « de même ampleur » est la même (ou que la distorsion est bien plus importante dans le cas où une règle juridique intervient) ; autrement dit, le coût anticipé des deux formes de redistribution doit être le même et perçu de la même façon. Kaplow et Shavell reconnaissent explicitement le problème : « *we emphasize that when an individual with income y contemplates earning additional income by working harder, his total marginal expected payments equal the sum of his marginal tax payment and the expected marginal cost on account of accidents* »¹⁰¹⁵, tout en ajoutant, en note, que « *of course, the extent to which individuals accurately perceive both their marginal tax rate and the amount implicitly taxed by the legal*

¹⁰¹³ Ce type de raisonnement sera développé avec plus de détails dans la suite de notre thèse. En un sens, il est possible de montrer que la « morale » et la « justice » ne répondent qu'à des impératifs d'efficacité lorsque ces notions sont abordées dans une dynamique d'évolution.

¹⁰¹⁴ Les références visant chacune de ces hypothèses seront présentées au fur et à mesure. Globalement, le travail le plus abouti en la matière est celui de Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit. Certains arguments sont directement tirés de la littérature sur la taxation optimale. Notre présentation essaiera d'être le moins technique possible. L'article de Sanchirico met au jour l'ensemble des postulats et principes utilisés par Kaplow et Shavell. Nous ne nous intéresserons donc qu'aux points fondamentaux en renvoyant à la source principale pour plus de détails.

¹⁰¹⁵ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 671

system is an empirical question... If they misestimated the extent of redistribution, there is no compelling reason to assume that their guesses would be too low or too high »¹⁰¹⁶.

Christine Jolls, une des fondatrices du *Behavioral Law & Economics*, s'est explicitement intéressée à cette question¹⁰¹⁷. Sa réponse n'est pas surprenante. Dès lors que l'individu ne perçoit pas et ne traite pas de la même façon un évènement certain et un évènement incertain, il ne traitera pas de la même façon une règle de droit (qui n'aura qu'un impact aléatoire) et un impôt (certain) alors même que l'effet de l'un ou de l'autre apporte les mêmes conséquences sur son « revenu ». La distorsion sur l'arbitrage travail loisir sera alors différente (la modification d'une règle juridique n'entraînant d'ailleurs pas nécessairement une révision de cet arbitrage), généralement au profit de l'utilisation des règles juridiques en raison de l'optimisme « statistique » des individus¹⁰¹⁸, même en présence d'une assurance¹⁰¹⁹.

Les deux méthodes de redistribution n'auront donc pas les mêmes effets et chacune pourra être utilisée en fonction des circonstances : les règles juridiques pourront être théoriquement utilisées lorsque les distorsions induites seront globalement moins importantes que celles liées à l'existence d'impôts. L'arbitrage ultime dans le débat est néanmoins laissé aux recherches empiriques¹⁰²⁰.

Notons à ce sujet que l'argument de la double distorsion implique nécessairement que la règle légale soit fonction des revenus. S'il est possible de trouver une règle qui a un impact sur la redistribution des richesses sans avoir une influence sur l'arbitrage entre travail et loisir, le raisonnement en termes de double distorsion n'est plus valable¹⁰²¹ et il faudra s'intéresser plus spécifiquement à la magnitude des distorsions¹⁰²².

¹⁰¹⁶ Louis Kaplow et Steven Shavell, *Why the Legal System is less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income*, op cit, p 671

¹⁰¹⁷ Christine Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, op cit, par exemple p 1656: « *Would an individual typically experience the same disincentive to work as a result of more generous (to victims) tort regime as would be experienced as a result of higher level of taxation?* ».

¹⁰¹⁸ Christine Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, op cit, p 1659: « *an amazingly robust finding about human actors – and an important contributor to the phenomenon of risk underestimation – is that people are often unrealistically optimistic about the probability that bad things will happen to them* ». Nous ne reviendrons pas ici sur les raisons de cet optimisme.

¹⁰¹⁹ Christine Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, op cit, p 1663

¹⁰²⁰ Christine Jolls, *Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules*, op cit, p 1677. L'auteur n'a voulu que s'intéresser à la question de la double distorsion et non résoudre directement le problème empirique du choix dans les méthodes de redistribution.

¹⁰²¹ Voir par exemple, Chris Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules As Instruments for Equity : a More Equitable View*, op cit, p 800

¹⁰²² Voir par exemple, Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1016-1017

b. L'hétérogénéité face aux règles juridique est, elle aussi, susceptible de remettre en cause les résultats présentés par Kaplow et Shavell. Par hétérogénéité face aux règles juridiques, il faut entendre que les individus ne sont pas touchés par les règles juridiques de la même façon¹⁰²³ : par exemple, car le coût de précaution est moins important (parce que les individus ont des capacités différentes pour prévenir les accidents, ou parce qu'une position juridique révèle, même imparfaitement, une position « sociale » comme le locataire, etc.), car il existe tendance à être plus souvent victime ou responsable (ce qui a directement un impact sur la redistribution), ou encore une tendance à ce que l'accident soit moins grave ou plus grave, etc.

Sanchirico met au jour quatre postulats techniques relatifs à la question de l'hétérogénéité. Basiquement, il serait possible d'introduire de l'hétérogénéité (au sens où nous venons de le définir) en relaxant une ou plusieurs de ces conditions : « *First, individual utility is additively separable in care choice and leisure. Second, care choice does not enter into the budget constraint. (Note that these first two assumptions imply that care choice is independent of leisure choice.¹⁰²⁴) Third, individuals differ only in their productive ability. (This, when combined with the first two assumptions, guarantees that individuals all choose the same level of care x , and so pay damage d with the same frequency, $p(x)$.) Fourth, all individuals are equally harmed by all accidents* »¹⁰²⁵. Le modèle de Kaplow et Shavell utilise ces conditions pour en dériver l'efficacité de la redistribution par l'impôt par rapport à la redistribution par les règles juridiques.

Comme le montre Sanchirico, ces conditions conduisent en fait à reconnaître que le système juridique ne peut pas redistribuer : « *Kaplow and Shavell have effectively rendered the tort law incapable of effecting redistribution of any kind, optimal or not. In the End, the real reason « why the income tax is more efficient than the legal system, » to quote the title of their article, is that only income tax can « redistribute income » in their model. Importantly, the answer has nothing to do with counting distortions and is certainly not an implication of optimal tax logic* »¹⁰²⁶. L'hétérogénéité face au système juridique est donc une condition de la possibilité de redistribuer grâce aux règles juridiques¹⁰²⁷.

¹⁰²³ De façon amusante il s'agit de reconnaître que les individus ne sont pas égaux face aux règles juridiques.

¹⁰²⁴ Cela signifie tout simplement qu'un individu peut augmenter son niveau de précaution sans limite et quelle que soit sa contrainte budgétaire. De la même manière, cette augmentation n'a aucune influence sur le plaisir retiré des loisirs ou de la consommation. Le choix de son niveau de précaution est indépendant de ses autres choix. Voir Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1063

¹⁰²⁵ Chris Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules As Instruments for Equity: a More Equitable View*, op cit, p 814. Plus globalement, sans ces postulats, « *There can be no tax substitution proof of the optimality of purely efficient legal rules when individuals differ with respect to the legal system* » (Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, p 1080). Les postulats sont formulés différemment dans (Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1060-1063).

¹⁰²⁶ Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1064.

¹⁰²⁷ Ce point est fondamental et invite à repenser un certain nombre de règles juridiques ayant pour objectif la redistribution.

La raison de ce résultat est relativement simple. S'il n'existe pas d'hétérogénéité, cela signifie que les individus sont tous affectés de la même façon par le système juridique. Autrement dit, ils ont la même probabilité de subir (ou de bénéficier) d'un accident ; le coût (ou le gain) anticipé de l'accident est le même (rappelons que dans le modèle de Kaplow et Shavell, par simplicité, un seul type d'accident est envisagé). Or, dans un tel système, la redistribution est impossible si nous supposons que la sanction est indépendante du revenu puisque justement tous les individus répondront de la même façon (en raison même de l'homogénéité) à la modification de la règle (encore faut-il qu'une telle redistribution soit alors possible ; tel serait le cas, par exemple, si les individus « pauvres » avaient tendance à être victime d'accidents avec une fréquence supérieure : « *as long as there is any heterogeneity in the tort system and any concern for equity, efficient damages will not be socially optimal. In particular, when the well off tend to cause more (less) accidents, social welfare can be increased by raising (lowering) damages above (below) their efficient level* »¹⁰²⁸).

Plus généralement, si nous supposons que deux individus qui ont le même revenu sont en fait différents face au système juridique (l'augmentation de la sanction n'aura pas les mêmes conséquences car, par exemple, un des individus a la capacité de l'éviter plus facilement), et que la sanction est dépendante du revenu (seul le revenu est pris en compte pour la détermination de la sanction et la « capacité » à éviter le dommage n'est pas utilisée), leur réaction pourra être (sera du point de vue de l'hypothèse de rationalité) différente. Si tel est le cas, l'impôt sur le revenu n'aura pas le même impact sur les individus que la règle juridique et il faudra alors analyser expérimentalement les distorsions induites par les deux méthodes.

Notons au passage que le modèle présuppose que seule la position dans une catégorie de revenu est pertinente pour la redistribution (et donc quelle que soit la source de ces revenus, ce qui n'est évidemment pas le cas dans les règles fiscales en pratique puisqu'elles touchent les différentes sources de revenus de façons différentes)¹⁰²⁹. Ce point sera développé lorsque nous reviendrons sur la quatrième hypothèse du modèle.

c. Kaplow et Shavell ne s'intéressent pas suffisamment aux coûts de la gestion du système. L'idée de double distorsion devrait en fait en viser trois (si par distorsion nous nous intéressons aux

¹⁰²⁸ Chris Sanchirico, Taxes versus Legal Rules As Instruments for Equity : a More Equitable View, op cit, p 818

¹⁰²⁹ Cet argument est avancé par Chirs Sanchirico, Deconstructing the New Efficiency Rationale, op cit, pp 1040-1041 : « *the implicit statement that there are no significant within income group differences is logically equivalent to saying that income is a « sufficient statistic » for the differences between individuals. In other words, that other differences are essentially superfluous information* ». Cette position est incompatible avec la littérature sur la taxation optimale (nous y reviendrons).

sources d'inefficience), la dernière incluant le coût de la gestion du système¹⁰³⁰. Même si la distorsion est la même pour l'ensemble des individus sur le marché du travail, que la redistribution passe par l'impôt ou une règle juridique, la présence de coûts de gestion invite à reconsidérer la logique de la double distorsion. Il faudrait comparer dans ce cas la magnitude de la distorsion dans les deux cas, le simple nombre de distorsions étant insuffisant¹⁰³¹. S'il s'avérait, à l'examen, que les coûts de gestion liés à l'utilisation d'une règle juridique soient significativement inférieurs à ceux engendrés par la mise en place d'un système d'imposition, il est fort probable que l'efficience jouerait en faveur de la première.

En raison de sa place importante dans les économies contemporaines, le service des impôts dispose de nombreux éléments lui permettant de moduler les impôts en fonction des individus (il est rare qu'il ne prenne en compte que le niveau de revenu d'un individu) afin de pouvoir redistribuer de façon efficiente. Cet avantage pourrait laisser croire que la mise en place d'une redistribution efficace par le jeu des règles juridiques est vouée à l'échec (puisque le juge ne dispose pas nécessairement de l'ensemble de ces informations et qu'il serait alors coûteux de les obtenir). Néanmoins, conclure de cette situation que le système des impôts est plus efficient quant à l'objectif de redistribution du revenu serait prématuré. La préférence actuelle de la redistribution par l'impôt ne signifie nullement qu'il s'agisse du moyen le plus efficient pour atteindre un objectif de redistribution.

Une fois de plus des études empiriques permettraient, éventuellement, de statuer sur cette question. Il est d'ailleurs vraisemblable que la réponse soit moins dans la recherche du moyen le plus efficient que dans la recherche d'une association efficiente de moyens (redistribution par l'impôt et par les règles juridiques). Notre objectif étant simplement de démontrer qu'il est possible, au moins théoriquement, de remettre en cause l'argument de la double distorsion et de retrouver un rôle pour les règles juridiques en matière de redistribution, il est inutile de développer plus avant ces points.

d. Plus généralement, le « revenu global » n'est pas le seul indicateur permettant d'effectuer une redistribution et d'améliorer le bien-être global. Rappelons à ce sujet que si la question est de

¹⁰³⁰ Pour l'impôt, il y aurait la distorsion sur le marché du travail et la perte d'efficience induite par la mise en place du système de redistribution. Pour les règles juridiques, il y aurait la distorsion sur le marché du travail, la perte d'efficience du système juridique et la perte d'efficience liée à la mise en place du système de redistribution.

¹⁰³¹ Nous retrouvons ce type d'argument dans Tomer Blumkin et Yoram Margalioth, *On the Limits of Redistributive Taxation : Establishing a Case for Equity Inform Legal Rules*, op cit, par exemple p 14: « *The double distortion argument does not hold when administrative and compliance costs (which are significant costs in the tax and transfer system) are taken into account* ».

savoir quelle est la meilleure méthode pour redistribuer les revenus, l'objectif ultime reste l'amélioration du bien-être social (déterminé par une fonction de bien-être social¹⁰³²). Afin d'améliorer ce bien-être social, les transferts monétaires ne doivent pas tenir compte uniquement de la dimension « richesse » ou « revenu » mais inclure un maximum d'éléments permettant d'identifier (si c'est possible) le « niveau » de bien-être de chaque individu. Le niveau de richesse n'est qu'un indicateur imparfait du niveau de bien-être et si l'Etat possédait plus d'éléments sur les individus, peut-être serait-il alors efficient de discriminer, au sein d'une même classe de revenus, entre les différents individus¹⁰³³. Evidemment une telle solution aurait un coût, si bien que l'Etat doit arbitrer entre les bénéfices liés à l'amélioration du système de redistribution et le coût de cette amélioration. En tout état de cause, ne tenir compte que d'une seule donnée est certainement un peu fruste (et non efficient).

Par ailleurs, si la redistribution s'effectue normalement par un transfert monétaire, certaines formes de « redistribution » ne sont pas du même type. Dans ce cas, la redistribution par l'impôt (ou plus généralement l'utilisation de l'arme fiscale) serait inefficace et inefficiente (soit parce qu'elle serait trop coûteuse, soit simplement car l'équivalent monétaire ne serait pas un véritable équivalent¹⁰³⁴). L'égalité entre les hommes et les femmes et plus généralement l'interdiction de toute forme de discrimination (ou la présence de discriminations positives) constituent de bons exemples¹⁰³⁵. Il serait possible d'envisager, au lieu d'interdire ce genre de discrimination, de tenir compte de l'écart de salaire entre les hommes et les femmes pour un travail équivalent et d'imposer différemment ces salaires (imposition moins forte pour les revenus des femmes, imposition plus forte pour le revenu des hommes) ; il serait possible aussi d'introduire une sorte de « droit à discriminer ». Si nous supposons que l'existence d'une règle juridique aura un impact sur les préférences des individus (c'est-à-dire que l'individu « internalisera » la norme si bien que

¹⁰³² Dont le choix conditionne en grande partie les résultats de l'analyse. La fonction de bien-être social peut ainsi favoriser les bas revenus (voire même les hauts revenus) et ce de façon plus ou moins intense. Le choix de cette fonction se réalisant antérieurement à l'utilisation des outils économiques, il est possible d'affirmer que cette utilisation est « neutre ». Si nous considérons néanmoins que le choix relève du modélisateur, la critique normative ne sera pas la même.

¹⁰³³ Comme l'indique Chirs Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, p 1021: « *The optimal tax problem is the problem of making do with these imperfect signals, and the question of which activities to tax becomes the question of which signals to employ, and how much of each behavioral distortion to accept* ».

¹⁰³⁴ On pourrait supposer qu'il existe une préférence pour une forme de redistribution, même si cette solution pose des difficultés dans la mesure où l'existence d'une fonction d'utilité laisse supposer que des arbitrages sont nécessairement possibles.

¹⁰³⁵ Pour notre sujet. Nous ne souhaitons pas avancer qu'une telle législation est efficiente nécessairement. Sur ce point, on pourra se référer à Robert Cooter, *Market Affirmative Action*, 1994, *San Diego Law Review*, vol 31, pp 133-168 (l'auteur émet une critique économique des discriminations positives et considère qu'il serait possible de régler le problème en utilisant un système d'incitation passant par le marché).

son non respect aura un « coût psychique »¹⁰³⁶), l'imposition ne fera que repousser le problème au lieu de le régler. Il serait aussi possible de considérer qu'en mettant un prix sur la discrimination, le bénéfice « psychique » de la redistribution serait réduit¹⁰³⁷ puisqu'il existerait une forme de « légitimation » de la discrimination (notons néanmoins que parfois la sanction pour le non respect se réduit à une amende¹⁰³⁸). Autrement dit, la même « somme » distribuée par l'impôt ou par le droit n'aura pas la même « valeur » en termes de bien-être pour les individus car son « sens » social sera différent.

Les quatre éléments que nous venons de présenter brièvement laissent entrevoir une possibilité pour le droit d'être aussi considéré comme une technique de redistribution et non uniquement orienté par des considérations d'efficacité¹⁰³⁹, ce qui pose alors la question de l'arbitrage entre l'efficacité et d'autres valeurs.

3. Les niveaux de normativité et leur résolution

Si une règle est efficace, doit-elle être conservée ? Si une règle est inefficace, doit-elle être supprimée ? L'amélioration du bien-être est-elle toujours un « bien » ? Pour quelles raisons ? Comment arbitrer entre les considérations d'efficacité et des considérations « éthiques » (hors le cas d'une conception extensive des préférences individuelles) ? Comment résoudre les niveaux de normativité ? L'économie est-elle à même de résoudre ce type de difficulté ? Plus généralement, sur quoi peut-on se fonder pour réaliser ce type d'arbitrage ?

Nous ne prétendons pas ici répondre de façon parfaite à l'ensemble de ces questions (dont l'importance philosophique demanderait certainement une thèse supplémentaire). Nous ne

¹⁰³⁶ Robert Cooter, *Market Affirmative Action*, op cit, p 167 : « *Economics needs a predictive theory of internalization in order to analyze the educative role of law in crucial areas such as discrimination* »

¹⁰³⁷ Sur ce point, voir par exemple, John Donohue III, *Discrimination in Employment*, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, vol 1, pp 615-624, spécialement p 619. Notons que dans ce cas c'est finalement la théorie sous-jacente de la rationalité qui permettra de résoudre la question.

¹⁰³⁸ Nous y reviendrons mais en fait tout droit ne fait qu'imposer un « prix » à son non respect. En un sens nous retrouvons la distinction wildienne entre le prix et la valeur, la science économique étant alors profondément « cynique » (puisque'elle connaît le prix de tout et la valeur de rien). Voir aussi Elisabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics*, 1993, Harvard University Press, Cambridge, 245 pages.

¹⁰³⁹ Nous n'avons pas discuté ici en profondeur la logique de Kaplow et Shavell présentée notamment dans *Fairness versus Welfare*. Néanmoins leur résultat n'est qu'une tautologie et repose sur l'idée que la fonction d'utilité tient compte de l'ensemble des éléments susceptibles d'influer sur l'utilité des individus. Ce point sera plus développé dans notre prochaine sous partie.

donnerons que quelques indications sur l'approche du problème des niveaux de normativité et de l'arbitrage (possible ?) entre économie et « justice » : une solution efficiente sous l'angle économique est-elle nécessairement « juste » ? Une solution « juste » est-elle nécessairement efficiente ? Comment réaliser cet arbitrage (ou plutôt cette conciliation)¹⁰⁴⁰ ?

Afin de « simplifier » l'approche de cette question, nous tenterons tout d'abord d'identifier le problème (a) avant de nous intéresser à sa résolution (b) – du moins à des principes de résolution.

a. Identification du problème : la nécessité de concilier « justice(s) » et efficience(s)

Assez classiquement, l'idée d'un arbitrage entre « justice(s) » et efficience(s)¹⁰⁴¹ provient d'un postulat simple : *tout principe appliqué dogmatiquement, sans considération des circonstances est voué à l'échec*¹⁰⁴². Fonder son choix sur le simple résultat d'un calcul coûts-bénéfices est tout aussi problématique que de le fonder sur le respect absolu de certaines valeurs d'un système éthique (que nous supposerons hiérarchisées¹⁰⁴³).

Supposons que nous ayons trois réformes possibles, chacune d'elle ayant une influence sur la répartition des richesses entre les riches et les pauvres (par hypothèse, nous supposerons qu'un individu est soit riche, soit pauvre et que l'utilité de l'individu ne dépend que de sa richesse). Si rien n'est fait, les riches disposent de 1 000 000€ et les pauvres de 200 000€. Avec la première réforme, les riches disposent de 1 100 000€ et les pauvres de 300 000€ soit un gain social de 200 000€. Avec la seconde, les riches disposent de 1 300 000€ et les pauvres de 110 000€ pour un gain social total de 210 000€. Avec la troisième réforme, les riches disposent de 1 000 000€ et les

¹⁰⁴⁰ Des éléments supplémentaires seront présentés dans le dernier chapitre de cette thèse.

¹⁰⁴¹ Encore faut-il que l'efficience ne soit pas considérée comme une forme de justice à part entière.

¹⁰⁴² Cette phrase est évidemment contradictoire puisqu'elle laisse supposer qu'elle ne s'applique pas à elle-même. Plus généralement, nous souhaitons avancer que toute « éthique » ne correspond pas à une recette qui nous permettra d'obtenir des réponses (*infra* ; nous pensons au contraire que la « justice » doit se rechercher dans sa procédure : une décision ne peut être « juste » sans considération de la délibération et de la justification présentée ; ce point sera développée dans la suite de notre thèse).

¹⁰⁴³ Nous ne considérons pas qu'en principe un système éthique (donc individuel et non global) est hiérarchisé car cela signifierait qu'il n'existe aucun conflit de valeurs puisque si un problème se présente comme un conflit de valeur il peut être résolu en utilisant une norme d'un niveau supérieur (ce qui pose alors la question de la valeur ultime). Poser la hiérarchisation nous permet donc simplement de ne pas nous intéresser à la question des conflits de valeur. Notons aussi que par valeur d'un système éthique nous entendons valeur au sens « absolu » et non relatif : si une valeur s'avère ou se présente comme en conflit avec une autre, il sera toujours possible d'affirmer que, bien interprétée ou bien considérée, il n'existe aucun conflit puisque chaque valeur contient, en elle-même, sa propre limite.

pauvres de 400 000€ pour un gain total de 200 000€¹⁰⁴⁴. Nous supposerons, au surplus, qu'aucun transfert de richesse ne peut être effectué après cette réforme.

Si nous nous fondons sur l'efficacité pure, il est évident que c'est la deuxième réforme qu'il faudrait choisir, même si elle conduit à accroître l'écart de salaire entre les riches et les pauvres. Cette solution ne semble pourtant pas très « juste » pour beaucoup (à supposer que la « justice sociale » ait un sens et dérive de la répartition des richesses) et certains pourraient avancer qu'il faut faire un arbitrage entre l'efficacité et la répartition des richesses. Sous cet angle, suivre la logique de l'efficacité pure ne semble donc pas « désirable » (le cas pourrait être renforcé si ce projet conduisait à la répartition suivante : 1 400 000€ pour les riches et 10 000€ pour les pauvres ; ou si on précisait que la réforme en question, au niveau mondial vise à délocaliser les décharges des pays riches vers les pays pauvres¹⁰⁴⁵).

Si ce projet n'est pas envisageable et que le décideur doit choisir entre le premier et le troisième projet, il ne peut pas se fonder sur l'efficacité pure puisque le gain social est le même. Dès lors, le choix ne peut plus se fonder sur l'économie, sauf à dissocier la richesse et l'utilité et construire une fonction de bien-être social (par définition « arbitraire »¹⁰⁴⁶). Autrement dit, pouvoir choisir nécessiterait une théorie touchant la distribution de la richesse, c'est à dire une théorie de la justice. Le choix du critère d'efficacité ne peut-il pas d'ailleurs s'expliquer simplement par le refus d'intégrer une théorie de la justice qui ne pourra jamais faire l'unanimité ?¹⁰⁴⁷

Plus généralement, si la torture, la peine de mort, et l'esclavage étaient efficaces, devrait-on y souscrire nécessairement en raison de leur seule efficacité ? De nombreuses critiques de l'analyse économique du droit se fondent uniquement sur ce type de cas afin de faire valoir leurs vues. L'efficacité au sens de la maximisation de la richesse n'est ainsi pas à l'abri, nous le savons, des critiques adressées à l'utilitarisme. Rappelons enfin l'argument de Sen sur le possible conflit entre le principe de Pareto et le libéralisme¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁴ Notre exemple est volontairement radical afin d'illustrer notre propos. Nous ne prétendons pas que des réformes ayant un tel impact soient possibles.

¹⁰⁴⁵ L'exemple est bien évidemment fictif. Il s'agit ici de montrer que le projet en lui-même ne peut pas se « juger » uniquement en fonction de ses conséquences financières, abstraction faite du contenu de la réforme envisagée. Le fameux problème du Trolley est un autre exemple (sur ce dernier problème, voir par exemple Judith Jarvis Thomson, *The Trolley Problem*, 1985, *Yale Law Journal*, vol 94, pp 1395-1415).

¹⁰⁴⁶ Sous réserve de respecter certaines conditions, il existe une infinité de fonction susceptible de constituer une fonction de bien-être social.

¹⁰⁴⁷ Nous reviendrons sur ce dernier point lorsque nous envisagerons l'interprétation méthodologique des critères d'efficacité.

¹⁰⁴⁸ Amartya Sen, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, op cit. L'argument se fonde sur un exemple tout à fait intéressant visant la lecture de « L'Amant de Lady Chatterley » (2 individus, un prude et un libertin doivent choisir entre deux systèmes (pouvant

Inversement, recommander l'égalité à « tout prix » peut avoir des conséquences désastreuses en termes de productivité et de liberté individuelle¹⁰⁴⁹. De même, vouloir à « tout prix » assurer le respect des engagements contractuels, même en cas d'imprévision peut être considéré comme inefficace et on invoquera alors la nécessité d'un arbitrage entre l'efficacité et cette forme de « devoir » que constitue la « force obligatoire des contrats ». Il serait aussi possible de mentionner l'ensemble des réformes se justifiant uniquement par leur motif, critique formulée d'ailleurs par le Conseil d'Etat : « *l'une des caractéristiques de l'exception française, liée aux colbertismes de droite ou de gauche, réside en effet dans la propension à attendre des miracles de la loi, à juger en fonction de ses motifs plutôt que de ses conséquences, et à faire appel à l'Etat législateur à tout propos, en escomptant des résultats à la fois prompts, bienfaisants et exempts d'effets pervers* »¹⁰⁵⁰.

Dès lors qu'assurer les droits a un coût, il est délicat de ne s'intéresser qu'à la dimension éthique en négligeant la composante économique¹⁰⁵¹ : le respect de certains droits peut ainsi conduire à réduire l'enveloppe globale permettant d'assurer le respect des droits et donc conduire à en sacrifier certains (même si ce type de raisonnement n'est pas habituellement réalisé par les commentateurs ; finalement, et c'est l'enseignement principal de l'économie, *faire un choix c'est renoncer nécessairement à quelque chose*).

La nécessité d'un « arbitrage » ou d'une « conciliation » entre efficacité et respect des droits ou entre efficacité et justice, est mentionnée par les ouvrages d'analyse économique du droit. Par exemple, Ogus et Faure indiquent que « *ceux qui pratiquent l'analyse économique reconnaissent que la solution efficace n'est pas forcément toujours la plus souhaitable, que la justice distributive peut jouer un rôle important pour la politique et que, dans certaines hypothèses le sacrifice de l'efficacité à un objectif distributif est compréhensible* »¹⁰⁵² ; Guido Calabresi avance que les objectifs du « droit des accidents » sont la justice et l'efficacité et qu'on ne peut retenir une solution efficace sans considération pour la

s'appliquer à l'un ou aux deux individus) : autoriser la lecture, interdire la lecture. Bien évidemment le prude préfère lire le livre à la situation dans laquelle le libertin lirait le livre et le libertin préfère ne pas lire le livre si le prude le lit ; nous retrouvons dans cet article la structure du dilemme du prisonnier). Sen montre que la solution Pareto optimale peut être en conflit avec le principe de libéralisme (sous des configurations de préférences bien précises).

¹⁰⁴⁹ Tocqueville et Hayek l'ont suffisamment démontré.

¹⁰⁵⁰ Collectif, *Conseil d'Etat - Rapport Public 2006 – Jurisprudence et Avis 2005, Sécurité Juridique et Complexité du Droit*, 2006, Documentation Française, Paris, Etudes et Documents n°57, 416 pages, p 231

¹⁰⁵¹ Voir aussi, Stephen Holmes et Cass Sunstein, *The Costs of Rights*, op cit; Dès lors que les ressources ne sont pas illimitées, il faut faire des choix et ces choix sont trop complexes pour ne faire que dériver d'un principe moral absolu.

¹⁰⁵² Anthony Ogus et Michael Faure, *Economie du Droit : Le Cas Français*, op cit, p 41

« justice »¹⁰⁵³ ; Polinsky, dans le même sens, considère que dès lors qu'il est « coûteux » de redistribuer, un arbitrage est tout à fait envisageable entre efficacité et répartition des richesses¹⁰⁵⁴ ; même Posner explique que le critère ultime du jugement pragmatique est la « raisonabilité » [*reasonableness*]¹⁰⁵⁵ ; Sanchirico évoque, lui, un véritable arbitrage entre efficacité et équité¹⁰⁵⁶ ; enfin Posner et Alder affirment adhérer à un « *weak welfarism* » selon lequel « *overall well being has moral weight, albeit not conclusive weight* »¹⁰⁵⁷.

Globalement donc, une large partie des tenants¹⁰⁵⁸ de l'analyse économique du droit ne considèrent pas l'efficacité comme la norme toute puissante qui devrait guider l'ensemble des choix des politiques et des juges. Il faudrait alors distinguer entre ce que préconise le modèle et son application au monde « réel ». Se pose alors la question de savoir quelle est la place de cette norme au sein de l'ensemble des valeurs, autrement dit comment résoudre les potentiels conflits entre efficacité(s) et justice(s)¹⁰⁵⁹ et si ce conflit peut être résolu par l'analyse économique (et nous répondrons à cette dernière question par la négative).

b. La possibilité de la résolution du conflit et la limite de l'analyse économique

Quatre possibilités théoriques peuvent être envisagées pour résoudre le conflit entre efficacité(s) et justice(s) : la stratégie de réduction (ou d'incorporation¹⁰⁶⁰), l'arbitrage direct (mais peut-on

¹⁰⁵³ Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, op cit, par exemple p 24 (l'auteur reconnaît cependant que d'autres buts peuvent être assignés à ce droit) ; il ajoute même p 31 : « *the main goal is the maximum reduction of the sum of accident costs and the costs of avoiding accidents that can be accomplished in a just way* ». Calabresi ne considère cependant pas qu'un arbitrage soit possible entre justice et efficacité. Il explique ainsi que « *Though I list justice of fairness as a goal, it will soon be apparent that in this book I do not treat it as a goal of the same type as cost reduction but as a veto or constraint on what can be done to achieve cost reduction* » (Guido Calabresi, *The Costs of Accidents*, op cit, p 24, note 1). Cette remarque est particulièrement importante pour la question de la résolution

¹⁰⁵⁴ Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, op cit, pp 112-113 ; s'il n'est pas coûteux de redistribuer, toute maximisation de la richesse permettrait en effet de redistribuer les richesses ex post de façon à obtenir une situation Pareto supérieure à la situation ex ante.

¹⁰⁵⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, op cit, p 59 ; ce critère est fondamental et permet de comprendre la place de l'analyse économique du droit dans les méthodes à disposition du juge.

¹⁰⁵⁶ Chris Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, op cit, pp 1022-1023 (l'arbitrage est cependant particulier dans son cas).

¹⁰⁵⁷ Matthew Alder et Eric Posner, *New Foundations of Cost Benefit Analysis*, op cit, p 39

¹⁰⁵⁸ Kaplow et Shavell font donc partie des exceptions même si leur modèle reste bien particulier.

¹⁰⁵⁹ La simple possibilité de pluriels laisse supposer l'existence de conflits.

¹⁰⁶⁰ Cette appellation provient de Lewis Kornhauser, *Preference, Well Being and Morality in Social Decisions*, op cit, par exemple p 304. L'article de Kornhauser ne vise pas exactement la question de la conciliation entre moralité et efficacité mais vise plutôt à critiquer l'ouvrage de Kaplow et Shavell.

réellement arbitrer entre efficacité et justice ?), le principe de primauté et de contrainte (du type de celui avancé par Calabresi), et le dépassement de la logique purement linéaire. Ces quatre possibilités pourraient être réduites à deux : la réduction à une dimension (il n'existe pas réellement de conflit ; s'il est possible de montrer que ce qui est juste est efficace ou que ce qui est efficace est juste, le problème se dissout de lui-même¹⁰⁶¹) et l'acceptation de la multiplicité des dimensions (on ne peut pas réellement penser en termes de conflit ; efficacité et « éthique » ne se situent pas au même niveau et ne peuvent donc s'agréger dans une logique « linéaire »).

A l'exception des deux premières stratégies (et encore), l'analyse économique ne peut pas nous renseigner sur la « conciliation » entre efficacité et justice. *L'économie ne connaît que la catégorie de l'efficacité et non la catégorie de la justice si bien qu'elle ne peut parler de la seconde qu'en la réintégrant à la première* (soit au niveau des préférences, soit par un processus de réduction du monde). Se profile alors, à notre avis, le retour au possible questionnement éthique et à l'argumentation juridique¹⁰⁶².

1. La stratégie de réduction est parfaitement illustrée par Kaplow et Shavell dans *Fairness versus Welfare*. Au niveau individuel, il n'existerait aucun conflit entre efficacité et éthique dans la mesure où les préférences individuelles sont censées refléter l'ensemble des éléments entrant dans le choix individuel. Plus précisément, en supposant que l'individu recherche son bien-être, il serait « inacceptable » qu'il décide de se « punir » en appliquant une solution éthique qui le conduirait à réduire son « bien-être ». L'éthique doit donc pouvoir être insérée parmi les préférences individuelles (l'éthique, après tout, n'est-elle pas une raison d'agir ?¹⁰⁶³). Notons ici que la rationalité utilisée par les auteurs est une rationalité néoclassique qui néglige le processus de choix pour se limiter à la décision : dès lors qu'une décision est prise alors qu'il semblait exister un conflit, c'est bien qu'une « conciliation » a été réalisée.

De même, au niveau collectif, seule l'efficacité compte. En effet, il ne sert à rien de vouloir prendre une décision sur la base d'une norme « justice » au mépris de l'efficacité dans la mesure où la considération pour cette norme de justice fait déjà partie des préférences individuelles et

¹⁰⁶¹ Il serait aussi possible de réaliser une analogie avec la question des conflits de droits. Soit nous supposons que les droits ne sont pas en conflits parce que les droits se définissent l'un l'autre, soit nous acceptons le conflit et la résolution provient d'une délibération qui n'est pas « retranscriptible » en simple calcul, quelle que soit sa forme.

¹⁰⁶² Ce point sera développé dans le dernier chapitre de notre thèse. Nous ne souhaitons cependant pas dans cette affirmation négliger le rôle de l'économie et de l'analyse économique du droit dans l'information du décideur.

¹⁰⁶³ Lewis Kornhauser, *Preference, Well Being and Morality in Social Decisions*, op cit, p 312: « *One might introduce a taste for rights [le raisonnement est aussi valable pour n'importe quelle norme éthique] in at least two ways. The first simply regards rights as instrumental to the agent's true concern [...]. The second assumes that the agent values rights intrinsically* ».

donc, par définition, la solution efficiente correspond à la solution juste (en considérant que la justice revient à ce que les préférences individuelles soient satisfaites¹⁰⁶⁴). Dès lors, aucun conflit ne peut survenir entre justice et efficience, et les auteurs peuvent conclure que les normes juridiques ne doivent se soucier que de l'efficience et ne pas introduire la dimension de « justice ».

Ce résultat est tautologique : intégrer une dimension de « justice » dans les choix n'est pas souhaitable si l'objectif social est le bien-être des individus lequel englobe une considération pour la justice.

Kornhauser démontre que cette stratégie d'incorporation n'est pas pertinente. Il avance pour cela deux idées. La première vise l'absence de résolution possible du conflit entre efficience et « justice » : « *incorporation of an individual's tastes for rights or justice [c'est-à-dire l'intégration directe de ces considérations dans la fonction d'utilité] into an extended preference ordering does not resolve conflicts between morality and efficiency* »¹⁰⁶⁵. La raison en est simple, le choix entre un régime non libéral et un régime libéral peut être efficient *ex ante* et non efficient *ex post* dans la mesure où les individus ne disposent pas de la même information sans pour autant que l'on souhaite modifier cette solution. Dit autrement « *The conflict arises because the choice of the regime of rights occurs under a different set of informational constraints than the choice of action within a regime of rights* »¹⁰⁶⁶.

La seconde critique est plus intéressante (et plus puissante du point de vue de Kornhauser) : « *Judgments and preferences are not [...] appropriately aggregated in the same way* »¹⁰⁶⁷. La stratégie d'incorporation confond en effet les préférences individuelles et les jugements¹⁰⁶⁸ (alors même que les auteurs précisent que le choix de la fonction de bien-être social relève d'un jugement et non d'une préférence). *Trivialement, un individu peut préférer quelque chose et juger que sa préférence est bonne ou dissocier le raisonnement en termes de jugement et celui en termes de préférence* (il n'utilise pas la même « rationalité » lorsqu'il « juge » et lorsqu'il « préfère »). Si les individus sont parfaitement informés, il est possible de s'interroger sur la possibilité même d'un jugement (n'y aurait-il pas in

¹⁰⁶⁴ Ce qui suppose donc que les individus soient rationnels... Ils doivent donc notamment connaître leurs préférences.

¹⁰⁶⁵ Lewis Kornhauser, *Preference, Well Being and Morality in Social Decisions*, op cit, p 325. L'auteur démontre ce point en utilisant le jeu présenté par Sen pour pointer les possibles conflits entre Pareto optimalité et libéralisme.

¹⁰⁶⁶ Lewis Kornhauser, *Preference, Well Being and Morality in Social Decisions*, op cit, p 325. Il faut donc distinguer le choix du système et le choix dans le système.

¹⁰⁶⁷ Lewis Kornhauser, *Preference, Well Being and Morality in Social Decisions*, op cit, p 325. L'argument proposé par Kornhauser est dense et parfois technique (notamment lorsqu'il confronte son argument à la logique bayésienne) et inclut une discussion sur la critique de la distinction entre jugement et préférences. Nous ne pouvons pas revenir ici sur ces éléments.

¹⁰⁶⁸ Nous ne pouvons pas nous étendre ici sur la distinction proposée par Kornhauser entre jugement et préférences même si cette distinction est tout à fait pertinente. Quelques éléments

fine une convergence¹⁰⁶⁹, ce qui signifierait l'existence de valeurs ultimes ? ; ou doit-on plutôt considérer que les valeurs morales sont parfaitement relatives et arbitraires¹⁰⁷⁰ ?).

Soulignons enfin que cette stratégie d'incorporation, même si elle était valide, poserait le problème de la détermination de la fonction de bien-être social (au-delà même de la possibilité de cette fonction et de sa construction) qui relève, pour les auteurs, du « jugement ». La détermination de cette fonction a une influence non négligeable sur le choix des politiques et doit inclure nécessairement des considérations de « justice » puisqu'elle conduit à considérer de façon différente la répartition de la richesse dans la société.

Cette stratégie a quelque chose de gênant puisqu'elle fusionne totalement la justice et l'efficacité. Elle « résout » (lorsque c'est possible) le conflit justement car il n'existe pas : « *A second meaning of justice, perhaps the most common is – efficiency* »¹⁰⁷¹. L'avantage de cette solution est évidemment qu'elle n'oblige pas à revoir les outils de l'analyse économique et permet ainsi de préserver le raisonnement en termes d'efficacité et de rationalité.

2. La deuxième logique qui permettrait de résoudre les possibles conflits entre efficacité et justice pourrait se trouver dans un arbitrage entre les deux. Cette stratégie est aussi une stratégie de réduction dans la mesure où elle consiste à réduire une des dimensions dans l'autre dimension. Ainsi par exemple, en donnant un « prix » à la justice (prix qui serait pourtant dépendant du système dans lequel nous vivons et qui ne serait pas évident à calculer), il serait éventuellement possible de résoudre les conflits entre efficacité et justice, la justice n'étant plus qu'une composante de l'efficacité (il serait par exemple possible d'arbitrer entre productivité et « justice »). En sens inverse, il serait envisageable de considérer que l'efficacité n'est qu'une dimension de la justice (solution qui pose certains problèmes, *supra* ; néanmoins ne peut-on pas dire que la désirabilité d'une société juste mais qui ne dispose d'aucune richesse est très relative ?¹⁰⁷²). Autrement dit, cette stratégie vise à ne pas identifier deux dimensions, l'efficacité et la justice mais à n'en retenir qu'une (pour peser, il faut une mesure unique). Le choix de la dimension à retenir – du référentiel au sens de la physique – n'est évidemment pas neutre dans la

¹⁰⁶⁹ Il est alors possible de comprendre la position de Malraux pour qui si on savait vraiment on ne jugerait pas.

¹⁰⁷⁰ Et une fois de plus il nous semble que la solution doit se trouver dans une conciliation entre ces deux idées.

¹⁰⁷¹ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, op cit, p 27

¹⁰⁷² Ronald Dworkin apporte à cette question une solution tout à fait intéressante sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir.

Ronald Dworkin, Why Efficiency ? A Response to Professors Calabresi and Posner, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 563-590, spécialement p 564 où il distingue le « *compromise sense* » et le « *right mix sense* ».

mesure où la décision retenue influence la pondération du critère (plus problématiquement d'ailleurs, le choix de la pondération dépendra nécessairement d'un choix qui ne relèvera pas nécessairement du champ de l'économie). Dans cette perspective, tout problème pourrait, du moins potentiellement, se résoudre par un simple calcul.

Une nouvelle fois, aucune spécificité n'est relevée entre justice et efficacité (et toute la question est de savoir s'il faut distinguer entre les deux sur le plan de la dimension). De façon assez schématique, sous cet angle, il serait possible d'additionner des pommes et des carottes à condition de transformer des carottes en pommes ou des pommes en carottes en totale méconnaissance de la nature de la pomme et/ou de la carotte (et choisir une mesure extérieure reviendrait à transformer non plus une mais deux natures... d'où le délicat problème de l'équivalent monétaire qui n'a « par nature » rien « d'équivalent »; peut-on par exemple compenser une discrimination par un « équivalent » monétaire¹⁰⁷³ ? tout a-t-il un prix ?).

3. La troisième solution consisterait à prendre la logique proposée par Calabresi¹⁰⁷⁴ à la lettre¹⁰⁷⁵. Il n'existerait pas de véritable arbitrage entre justice et efficacité. La prise en compte de la dimension de justice constituerait une contrainte d'un autre ordre, voire éventuellement un veto, à l'objectif de maximisation de la richesse. Calabresi n'est cependant pas très explicite sur le fonctionnement de la méthode. Trois possibilités sont alors à envisager.

La première solution serait de rechercher ce qui est efficace puis de s'interroger sur la « justice » de ce résultat. C'est classiquement la méthode adoptée par les praticiens de l'analyse économique du droit. En ne s'intéressant qu'à la question de l'efficacité, ils définissent, au sein d'un modèle, un système efficace. Il s'agira ensuite de s'interroger sur la justice de ce dernier. Si le modèle efficace est considéré comme « juste », le modèle pourra servir de support à une prescription¹⁰⁷⁶. Si le modèle efficace est considéré comme « injuste », il s'agira de savoir pourquoi, si cette injustice est simplement apparente (car on ne tient pas compte par exemple des différentes

¹⁰⁷³ Derrière cette question nous retrouvons celle du champ d'application (même si le problème est en fait plus complexe comme nous le verrons) des outils de l'analyse économique.

¹⁰⁷⁴ Spécialement dans Guido Calabresi, *About Law and Economics : A Letter to Ronald Dworkin*, op cit

¹⁰⁷⁵ Même si la réalité de l'application de cette lettre est parfois remise en cause : Ronald Dworkin, *Why Efficiency ? A Response to Professors Calabresi and Posner*, op cit, spécialement p 563

¹⁰⁷⁶ Le lien entre la dimension normative et descriptive est ici intense : si le droit est efficace en général sous l'angle descriptif, alors, certains pensent que le « devenir » du droit est l'efficacité. Faire de l'efficacité un concept normatif ne revient qu'à vouloir accélérer le processus. Ce type de raisonnement sera développé lorsque nous nous pencherons sur l'efficacité comme critère descriptif.

méthodes pour redistribuer les richesses ou car certains éléments n'ont pas été pris en compte dans le modèle initial¹⁰⁷⁷) ou irréversible (le conflit serait alors « réel »).

La difficulté principale de ce raisonnement est d'identifier ce qui fait qu'un système est juste ou injuste (au-delà de la définition même de la justice ou de l'injustice). Doit-on viser le système « le plus juste » ? Un système suffisamment « juste » ? Il serait en effet naïf de croire que la frontière entre le juste et l'injuste est franche et qu'il n'existe pas des « degrés » de justice ou d'injustice. De même, il est vraisemblable que le « curseur » entre le juste et l'injuste varie en fonction de l'efficacité : par exemple, si une société produit plus de richesses, ce qui pouvait être considéré comme « acceptable » antérieurement ne le sera peut-être plus¹⁰⁷⁸.

Il faudrait aussi déterminer ce que serait la conséquence normative de l'identification d'un système efficace mais injuste. Tout système de ce type est-il à bannir (nous retrouvons l'idée de veto) ? Faudrait-il plutôt rechercher une conciliation et si oui laquelle (solution qui se rapproche plus de l'idée de contrainte) ? En tout état de cause, il est possible de se demander si l'économie du droit peut s'engager sur ce terrain (et dans ce cas définir le fondement le lui permettant) ou si elle reste confinée à la discussion en termes d'efficacité.

Cette approche a l'avantage de permettre d'amorcer le raisonnement et il s'agit, à notre avis, de sa plus grande qualité. Elle fournit un point de départ à partir duquel les discussions peuvent s'engager (et chaque participant sera alors dans l'obligation de spécifier son « référentiel »). Ce point sera développé de façon plus détaillée lorsque nous analyserons l'efficacité comme critère simplement méthodologique.

La deuxième solution vise un raisonnement inverse : il faut rechercher ce qui est juste et se demander si c'est efficace. Cette approche est très peu utilisée car elle pose la difficulté de raisonner abstraitement sur une situation en termes de justice. Définir un modèle « juste » n'est donc pas chose facile pour une première approche, d'autant plus que la « justice » est un concept extrêmement relatif qui « émerge » souvent par l'échange. Cette approche relègue en partie l'analyse économique du droit à un second rang (ce qui explique très certainement qu'elle n'ait pas été plus utilisée). Elle n'intervient plus pour essayer de définir le modèle abstraitement efficace et n'aurait plus qu'un rôle pour rechercher l'efficacité au sein de paramètres de justice établis¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁷ En un sens, on cherchera alors à rationaliser l'efficacité afin qu'elle apparaisse plus « juste ».

¹⁰⁷⁸ L'analogie avec le jeu de l'ultimatum est ici intéressante. Le niveau d'acceptabilité peut varier en fonction de la somme proposée au partage. Il est même vraisemblable que le pourcentage permettant l'acceptabilité varie lui aussi.

¹⁰⁷⁹ En un sens, cette méthode se rapproche plus de l'idée d'efficacité puisqu'elle ne conduit pas à la détermination de l'objectif social mais à l'identification des moyens les plus à même d'atteindre tel ou tel objectif.

Des difficultés peuvent survenir si, par exemple, le niveau d'efficacité ne permet pas d'assurer le respect des critères de justice posés ou si en modifiant très légèrement les paramètres de justice, une solution beaucoup plus efficace apparaissait. La détermination de la solution ne relève plus alors d'un processus spécifiquement économique puisque la dimension économique n'est qu'une dimension du problème. La question sera celle de l'acceptabilité du système global qui ne peut pas se focaliser uniquement sur un seul paramètre (sauf à réduire toutes les dimensions).

La troisième solution vise une maximisation du même ordre que le modèle de rationalité limitée visé par Simon¹⁰⁸⁰ : il s'agit de trouver un « compromis » acceptable entre justice et efficacité. La procédure reprend alors une très grande importance. Le « décideur » se fixe un ensemble de critères pour son choix (mais comment peut-il le faire ?) puis balaye les possibilités afin de trouver un système qui réponde à l'ensemble de ses critères. Eventuellement, il pourra réviser ses critères en fonction des solutions trouvées.

Cette solution indique le mode de raisonnement qui semble plus correspondre à la « réalité » de la décision mais elle ne donne pas une méthode précise de résolution : faut-il fixer les paramètres au départ ? Ces paramètres n'évoluent-ils pas en fonction de l'avancement de la réflexion ou de l'émergence de solutions ? Et surtout, comment contrôler un tel processus (pour vérifier qu'il n'est pas arbitraire) ?

4. La quatrième solution se rapproche beaucoup du modèle de Simon mais va encore plus loin. Il est évident que l'idée d'efficacité et l'idée de justice ne se traitent pas de la même façon lorsqu'on cherche à trouver une solution. Souvent, l'injustice « flagrante » constitue certainement une règle d'arrêt (veto) de la réflexion, etc...

La différence principale se situerait dans le mode de raisonnement utilisé pour résoudre le problème : ce raisonnement ne serait pas « programmable » en linéaire mais résulterait d'un apprentissage en parallèle¹⁰⁸¹. La solution ne serait pas le résultat d'un « calcul » mais d'une délibération souvent non consciente. *De même qu'un individu apprend et utilise un langage, un individu apprend à résoudre des problèmes en développant et révisant des heuristiques. L'inconvénient principal est*

¹⁰⁸⁰ Cf *supra* notre partie sur la rationalité limitée.

¹⁰⁸¹ Cette logique proviendrait des recherches visant le « connexionnisme », point sur lequel nous ne pouvons guère nous étendre pour des raisons de place. L'exemple suivant devrait permettre de comprendre de quoi il retourne : il est extrêmement difficile de programmer un ordinateur afin qu'il puisse reconnaître un visage de près ou de loin. Par contre l'homme réalise cette tâche sans effort. En extrapolant au problème de la décision, il est possible de dire qu'un ordinateur serait délicat à programmer pour que la solution émerge alors que l'homme, sans réaliser cette tâche sans effort, sera capable de travailler avec beaucoup plus de paramètres d'une façon relativement « inconsciente ».

que, si nous sommes prêts à accepter que la décision résulte d'un processus de ce type, rien ne permet de vérifier que ce processus est respecté et tient compte de l'ensemble des dimensions d'une façon appropriée (puisque, par définition, cette façon est trop variable pour qu'il existe une façon appropriée)¹⁰⁸².

Avancer un argument d'efficacité pour prescrire est donc délicat à plus d'un titre – outre la question du choix du critère d'efficacité et de ce qui sera pris en compte dans l'application du critère. La notion d'efficacité reste néanmoins suffisamment connotée dans le langage courant (sur lequel se fonde beaucoup l'analyse économique du droit même si ses critères sont plus « raffinés ») pour être assimilable à l'idée de « bon ». Nous avons ici tenté de « déconstruire » cette logique en identifiant les conséquences de l'adoption de ce critère comme critère normatif. Comme nous aurons l'occasion de le développer par la suite, la valeur du critère d'efficacité nous semble relever davantage de la méthodologie que de la normativité ou la descriptivité supposée.

B. L'efficacité comme critère descriptif

Lorsque nous affirmons qu'une situation est efficace ou inefficace, il est possible, du moins théoriquement, que nous essayons de « décrire » une situation. Préciser qu'une situation est efficace ne voudrait donc pas dire nécessairement (ou n'inclurait pas nécessairement la dimension) que cette situation est « bonne » ou non mais pourrait au contraire relever de la qualification « objective », « scientifique » de la situation. Si un analyste conclut à l'efficacité de telle ou telle règle juridique, il peut ne pas simplement chercher à juger ou à justifier cette règle mais désirer établir un constat.

En analyse économique du droit, l'efficacité peut être utilisée de façon normative mais aussi dans une logique descriptive. Il serait ainsi possible de montrer que le droit suit une logique d'efficacité, ou que tout se passe « comme si » le droit suivait une logique d'efficacité. Nous ne réutiliserons pas la structuration adoptée pour étudier la rationalité. Notre propos sera « plus modeste » : il s'agira de déterminer la « valeur » d'un énoncé descriptif utilisant l'efficacité dans le cadre de l'analyse économique du droit¹⁰⁸³.

¹⁰⁸² Ce dernier point sera plus détaillé vers la fin de notre thèse.

¹⁰⁸³ Nous n'étudierons qu'une partie de cette « valeur » dans la mesure où la fin de notre thèse sera consacrée à l'identification de cette valeur.

Sous un angle descriptif, l'efficacité serait par exemple « *a social goal that is reflected in the law* »¹⁰⁸⁴. L'efficacité permettrait de décrire le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être. Posner avance d'ailleurs que « *the theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society* »¹⁰⁸⁵. L'efficacité de la *common law* – sur laquelle nous reviendrons brièvement dans la suite de nos analyses – correspond certainement à la thèse la plus marquante de cette logique.

Historiquement, les critères d'efficacité étaient utilisés pour décrire et non pour prescrire. Il est aussi possible de souligner l'évolution similaire des concepts de rationalité et des concepts d'efficacité : personne ne soutient plus « réellement » la thèse « dure » de l'efficacité de la *common law* et, rapidement, ce qui n'était que descriptif est devenu normatif. Nous ne détaillerons pas ce passage du descriptif au normatif – qui correspond pour une grande part à l'évolution constatée en ce qui concerne la rationalité (la réfutation de la descriptivité a conduit l'analyse vers sa normativité afin de protéger son cadre conceptuel). Nous insisterons plutôt sur la signification d'un énoncé présenté comme descriptif (1) et sur l'intérêt de reconnaître l'efficacité comme un concept descriptif (2).

1. les critères d'efficacité peuvent-ils être des concepts descriptifs ? La signification d'un énoncé présenté comme descriptif

Quelle serait la valeur – ou plutôt comment comprendre – d'un énoncé du type : « la règle (ou le système de droit) X est efficace » ? Afin de pouvoir répondre à cette question, nous devons identifier la portée de cette affirmation. Deux possibilités apparaissent : soit la proposition qui se veut descriptive vaut « en général » et s'applique au « monde » (a), soit la proposition n'est que relative à un modèle (b). Nous tenterons dans cette sous-partie d'éclaircir l'idée du pouvoir descriptif de la notion d'efficacité.

a. L'impossible détermination de l'efficacité d'un état du monde

La thèse « descriptive » la plus classique étant celle de l'efficacité de la *common law*, nous partirons de ces éléments pour comprendre la difficulté – et même l'impossibilité – d'une détermination

¹⁰⁸⁴ Thomas Miceli, *The Economic Approach to Law*, op cit, p 2

¹⁰⁸⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 25

« objective » de la qualité d'efficience d'un état du monde et donc d'une règle ou d'un système juridique¹⁰⁸⁶.

Les deux articles fondamentaux qui tentent d'expliquer l'efficience de la *common law* se trouvent dans le *Journal of Legal Studies* de 1977¹⁰⁸⁷. Il y en aura ensuite plusieurs autres qui soit confirmeront, soit – et c'est la majorité – infirmeront ou rectifieront les résultats de ces articles¹⁰⁸⁸. Il ne s'agira pas ici de revenir sur l'ensemble des modèles ou des intuitions avancées pour notre propos. Il s'agit simplement de s'intéresser à la signification du résultat.

L'idée de Rubin était la suivante : « *in short, the efficient rule situation noted by Posner is due to an evolutionary mechanism whose direction proceeds from the utility maximizing decisions of disputants rather than from the wisdom of judges* »¹⁰⁸⁹. Cooter et Kornhauser réponderont quant à eux que : « *One of our conclusions is an impossibility theorem, which states that blind evolution will not cause the legal system to reach the best state or continually to improve itself* »¹⁰⁹⁰. De telles affirmations pourraient laisser penser que Rubin, Cooter et Kornhauser raisonnent à partir du même cadre et que leurs résultats visent une certaine « essence » de la *common law*. Leurs résultats peuvent donc être considérés comme présentant des solutions opposées pour interpréter la logique et la dynamique de l'évolution des systèmes juridiques. Il serait ainsi possible de déterminer qui a « raison », en ce sens qu'une évaluation empirique (en supposant qu'elle soit théoriquement possible ; ce qui, à notre avis est loin d'être le cas) pourrait valider ou non l'idée de l'efficience de la *common law*.

¹⁰⁸⁶ Notons à ce sujet qu'une règle peut être efficiente sans que le système le soit et réciproquement, ce qui oblige à spécifier ce sur quoi porte l'efficience. Dans le cas présent, l'efficience serait une « qualité » du système lui-même, même si le système n'est perçu généralement que comme la somme des règles « indépendantes » de ce système.

¹⁰⁸⁷ Paul Rubin, Why is Common Law Efficient, 1977, *Journal of Legal Studies*, vol 6, pp 51-63; George Priest, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 1977, *Journal of Legal Studies*, vol 6, pp 65-82

¹⁰⁸⁸ Par exemple, et pour ne citer que quelques articles touchant à cette question : Robert Cooter et Lewis Kornhauser, Can Litigation Improve the Law Without the Help of the Judges, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 139-163; Vincy Fon et Francesco Parisi, Litigation and the Evolution of Legal Remedies, a Dynamic Model, 2003, *Public Choice*, vol 116, pp 419-433; John Goodman, An Economic Theory of the Evolution of the Common Law, 1978, *Journal of Legal Studies*, vol 7, pp 393-406; Gillian Hadfield, Biases in the Evolution of Legal Rules, 1992, *Georgetown Law Journal*, vol 80, pp 583-616; Jack Hirshleifer, Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation versus Conflict Strategies, 1982, *Research in Law and Economics*, vol 4, pp 1-60; William Landes et Richard Posner, Adjudication as a Private Good, 1979, *Journal of Legal Studies*, vol 8, pp 235-284; Paul Rubin, Why was the Common Law Efficient, 2005, in Francesco Parisi et Charles Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, op cit, pp 383-395; Peter Terrebonne, A Strictly Evolutionary Model of Common Law, 1981, *Journal of Legal Studies*, vol 10, pp 397-407; Douglas Whitman, Evolution of the Common Law and the Emergence of Compromise, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 753-781

¹⁰⁸⁹ Paul Rubin, Why is Common Law Efficient, op cit, p 51

¹⁰⁹⁰ Robert Cooter et Lewis Kornhauser, Can Litigation Improve the Law Without the Help of the Judges, op cit, p 140

Ces recherches visent-elles à prouver *réellement* que la *common law* est efficiente ou visent-elles à montrer qu'il est possible, sous certaines hypothèses et en utilisant une conception appauvrie des systèmes juridiques¹⁰⁹¹, que le système est efficient (inefficient) « en gros et en général » ? Ces modèles visent-ils à expliquer ou à mettre au jour une, voire *la*, logique d'un phénomène ou à justifier une *hypothèse* ? Autrement dit, comment interpréter le « est efficient » lorsqu'il est utilisé dans les modèles ? Cet « être » est-il applicable à « l'être » du monde (la proposition est-elle descriptive d'un état du monde) ?

Nous retrouvons ici un problème épistémologique commun à l'ensemble des sciences sociales problème insuffisamment souligné. *Les résultats présentés, à les supposer « vrais » relativement aux hypothèses, ne le sont que relativement à ces hypothèses.* L'utilisation d'un même vocabulaire dans le modèle et en dehors du modèle laisse souvent présumer le contraire et conduit à un certain nombre d'incompréhensions quant à la valeur des résultats obtenus par les différentes sciences sociales. La question de la valeur de l'efficience dans le modèle sera étudiée dans notre prochaine sous partie.

Nous avons schématisé, très largement, la logique proposée par les auteurs. En effet, la question est moins celle de l'efficience d'un système juridique à un instant t – qu'est-ce-que cela signifierait d'ailleurs ? – que celle de la tendance du système juridique à aller vers plus d'efficience (ce qui supposerait une certaine stabilité et donc une comparabilité entre l'instant t et l'instant $t+1$). L'efficience est interprétée comme un concept purement relatif.

Néanmoins, afin de pouvoir démontrer cette tendance, le modèle doit (nécessairement ?) supposer que le point d'arrivée (le niveau efficient) est connu et relativement stable dans le temps. Si ce point n'était pas connu, passer d'un système A à un système A' serait délicat à interpréter et dépendrait *in fine* d'un postulat quant à l'efficience.

Une première solution serait de considérer que tout passage suppose un gain en efficience (le changement révélerait une satisfaction de préférences). Cette relation serait cruciale dans la mesure où, s'il existe une tendance vers l'efficience sans que celle-ci soit recherchée et n'ait été recherchée consciemment par les acteurs du système, cette tendance serait proche de la logique d'un droit naturel¹⁰⁹². Il faudrait alors s'interroger sur l'impact de la « découverte » de la logique sous-jacente de l'efficience pour le système : le système n'était-il pas efficient justement car les individus n'avaient pas conscience de rechercher l'efficience ?

¹⁰⁹¹ Le système juridique est généralement perçu comme un ensemble de règles indépendantes. La « hiérarchisation » ou la « géométrie » du système ne sont que très rarement pris en compte en raison des difficultés techniques de représentation.

¹⁰⁹² Nous reviendrons sur ce point, que nous qualifierons davantage, dans notre prochaine subdivision.

Dans ce cas, tout changement est efficient ainsi que tout non changement et il est tout simplement impossible de discriminer, tout dépendant de l'hypothèse de départ relative non aux hypothèses, mais à la conclusion elle-même : soit nous supposons que le système réel est efficient et il suffit d'en tirer les conclusions, soit nous supposons que le modèle est inefficient ; *in fine* nous retrouvons une situation du type Hegel dans laquelle, par définition, le réel est rationnel (il ne s'agit donc pas de démontrer quoi que ce soit mais de le rationaliser *ex post*). Conformément à la logique de la rationalité néoclassique, la question de l'identification des opportunités de changement ne fait pas l'objet d'une réelle analyse (et ne pas connaître une possibilité conduit à limiter les possibilités d'évolution vers plus d'efficacité ou à considérer que l'absence de connaissance suppose que le système est efficient par rapport aux systèmes alternatifs connus). Soulignons aussi que, dans la logique de ce modèle, la phase d'adaptation au nouveau système n'est pas supposée coûteuse sinon il serait possible d'affirmer que le nouveau système n'est pas plus efficient que l'ancien.

Une autre solution, sur laquelle nous reviendrons dans la deuxième section de ce chapitre viserait à transformer l'idée d'efficacité en celle d'adaptabilité (autrement dit, la logique ne serait plus celle du point d'arrivée mais celle de la méthode d'évolution). Cette solution modifie cependant très profondément l'analyse. Il est même possible de s'interroger sur la signification de l'efficacité d'un système dans un système dynamique car l'efficacité suppose une dimension statique.

Une dernière solution viserait à appliquer au changement réalisé un des critères d'efficacité et notamment le critère de Kaldor Hicks. Une telle solution nécessiterait une quantité gigantesque d'informations¹⁰⁹³ et un certain nombre de choix quant aux « richesses » à prendre en compte, leur évaluation, leur agrégation, et la structure à retenir lorsque nous effectuons le calcul¹⁰⁹⁴. Autrement dit, il faudrait que le modèle permettant d'analyser soit considéré comme suffisamment proche du monde pour qu'il soit possible d'extrapoler des résultats (et cette considération n'est pas une considération économique).

Fondamentalement dès lors que le monde est « décrit » par un modèle, le résultat du modèle n'est pas extrapolable au monde sans qualification. Le modèle n'est qu'une représentation du monde, une métaphore¹⁰⁹⁵, une caricature¹⁰⁹⁶. L'objectif est, pour certains auteurs, de distordre « *reality in a*

¹⁰⁹³ Voir par exemple Mario Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, op cit

¹⁰⁹⁴ Ces points seront plus détaillés dans la seconde partie de notre thèse.

¹⁰⁹⁵ Donald McCloskey, *The Rhetoric of Economics*, 1983, *Journal of Economic Literature*, vol 21, pp 481-517, par exemple, p 502

¹⁰⁹⁶ Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, 1978, *Journal of Philosophy*, vol 75, pp 664-677, par exemple p 673

way that illuminates certain aspects of that reality»¹⁰⁹⁷. Se pose alors la difficulté de savoir si le modèle nous permet de « comprendre » (d'en saisir quelque chose) le monde ou si le modèle ne permet que de modifier notre perception du monde¹⁰⁹⁸. Nous ne faisons ici que souligner une difficulté que nous ne souhaitons pas tenter de résoudre – à supposer qu'il soit possible de le faire. Ce problème est évidemment bien plus important lorsque les falsifications empiriques ne sont pas envisageables et dans le domaine plus spécifique de la « théorie économique ».

En tout état de cause, il est aussi important de souligner que le modèle, s'il est « descriptif » dans ce sens étroit, doit permettre d'identifier ce en quoi il est descriptif. Si l'analyse économique du droit sert à décrire certains mécanismes à l'œuvre dans les phénomènes juridiques, que dit-elle vraiment ? Nous donne-t-elle des éléments permettant d'analyser une situation ? Nous fournit-elle des éléments permettant de résoudre un problème ? Et jusqu'où peut-elle le faire ? Ces questions seront abordées plus longuement dans la seconde partie de notre thèse.

b. Efficience dans le modèle : connaissance limitée pour l'application au monde ?

L'efficience est un concept descriptif dans le modèle. L'hypothèse de rationalité et l'hypothèse d'efficience permettent qu'un problème posé dans des termes appréhendables par l'économie ait une solution et une seule ; l'utilisation de la méthode mathématique comme méthode de preuve lève l'ambiguïté du sens et permet de qualifier le résultat (s'il est juste) de descriptif (car le critère est simplement technique). *L'économie n'est, en un sens, qu'une méthode de calcul à partir de concepts, un système logique qui, comme tout système logique, ne peut rien nous apprendre en dehors de son cadre*¹⁰⁹⁹. Ainsi, dans le cadre de l'analyse économique du droit, il est possible, sous certaines hypothèses, de démontrer que la fixation d'un salaire minimum se fait finalement au détriment des classes les plus pauvres de la population ou que la discrimination positive n'est pas efficiente, ce qui ne signifie pas que ce soit le cas en dehors du modèle ou que toute politique de ce type soit vouée à l'échec. Nous nous rapprochons ici fortement de ce que nous entendons par conception purement méthodologique de l'efficience, point que nous développerons dans notre prochaine subdivision.

¹⁰⁹⁷ Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 676

¹⁰⁹⁸ Cette conception est très schématique et nous retrouvons certains débats philosophiques mis en évidence par Schopenhauer par exemple. Il nous semble que la solution doit être recherchée quelque part entre ces deux positions extrêmes. Cette question fait passer de l'épistémologie à l'ontologie.

¹⁰⁹⁹ Un système logique ne peut aboutir qu'à des tautologies, par définition. Voir la seconde partie de cette thèse.

Se pose alors la question de la correspondance entre le modèle et le monde (à supposer que le monde ne soit pas autre chose qu'un ensemble de modèles de celui-ci)¹¹⁰⁰. Si tout modèle n'est qu'une représentation du monde, et que ses solutions ne sont valables qu'à l'intérieur du modèle, tout modèle est inutile pour le monde dans la mesure où il ne peut rien nous apprendre d'autre que ce qui est contenu dans les hypothèses. Ce résultat serait très décevant pour l'ensemble des sciences sociales s'il n'existait pas la distinction entre aide à la décision et prise de décision entre le calcul et le jugement. Cette distinction, nous y reviendrons, est fondamentale pour comprendre la valeur de l'analyse économique du droit pour les juristes et les hommes politiques.

La confusion entre ces deux sens de l'application du qualificatif descriptif aux résultats de l'analyse économique engendre la majorité des « tensions » constatées entre l'analyse économique du droit et les autres méthodologies d'approche des phénomènes juridiques¹¹⁰¹. La critique de la validité des critères d'efficacité n'a pas de sens en ce qui concerne la méthode (sauf si cette critique est interne et vise à montrer que la méthode n'entraîne pas des résultats logiques¹¹⁰² ; si la critique de la méthode est externe et ne fait que critiquer en raison même de la différence de méthode, elle utilise un autre référentiel) mais éventuellement un en ce qui concerne la valeur des résultats de l'analyse.

2. L'intérêt d'un critère d'efficacité « descriptif »

Affirmer que le critère d'efficacité est un critère descriptif est, nous venons de le voir, extrêmement limité : le descriptif ne vaut absolument que pour le modèle et non pour le monde (il ne vaut que relativement pour le monde sans que l'espace de ce « relativement » ne soit parfaitement délimité). En appliquant la logique économique et en la renversant sur elle-même, nous arrivons à la question de l'intérêt de l'extrapolation de la notion de descriptif du modèle vers le monde (les conditions de cette extrapolation ne relèvent pas de l'économie mais d'un

¹¹⁰⁰ Nous n'avons donné ici que des éléments épars et l'analyse de cette question conduit à des considérations beaucoup plus étendues que nous ne pouvons réaliser ici. Pour plus de détails, on pourra se référer par exemple à Uskali Mäki (ed), *Fact and Fiction in Economics, Models, Realism and Social Construction*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 384 pages, spécialement la partie 3 sur les modèles économiques et la réalité.

¹¹⁰¹ Et même la majeure partie des difficultés au sein des méthodologies traditionnelles adoptées en droit. La plupart des auteurs se critiquent relativement à leur référentiel et non dans le référentiel des auteurs qu'ils souhaitent critiquer. Cette méthodologie est très largement stérile.

¹¹⁰² En supposant que le critère de la méthode soit sa « logique »... ce qui est épistémologiquement délicat à démontrer. Par exemple, les critiques du type paradoxe de Scitovsky sont des critiques internes au critère de Kaldor Hicks. Les critiques visant les biais de statu quo ou la chrématistique de la logique ne permettent que de qualifier les résultats.

critère d'acceptabilité qui est plus du domaine de la convention que de la science). Autrement dit, quel serait l'intérêt d'un critère d'efficacité « descriptif » pour le monde¹¹⁰³ ?

Sous cet angle, le lien entre descriptif et normatif ressurgit. Une justification du critère normatif de l'efficacité serait d'affirmer que, comme le système juridique tend vers l'efficacité, la recherche de l'efficacité ne fait qu'accélérer l'évolution du système ou ne constitue que la prise en compte « consciente » d'un processus jusque là « inconscient » (nonobstant la question de la dérivabilité d'un « être » vers un « devoir être »). On naturaliserait le critère normatif de l'efficacité économique. Naïvement, on pourrait aller jusqu'à considérer que le critère d'efficacité est « neutre » (par rapport au système antérieur et non de façon absolue) : il ne fait que traduire la logique à l'œuvre au sein du système juridique.

Sur ce point, notons que si l'analyse économique se développait et commençait à être adoptée par les juges, la théorie de l'efficacité de la *common law* pourrait s'autoréaliser (à condition que les conditions de l'efficacité soient connues). Affirmer qu'un système juridique met la valeur d'efficacité en son centre et évolue grâce à elle, reviendrait à « décrire » la méthode adoptée effectivement par les juges (ce qui ne signifie pas que les résultats ne seraient pas critiquables).

De même, si l'efficacité permettait effectivement de décrire le système juridique, nous disposerions d'*une*, sinon de *la*, logique de ce système. Ceci permettrait de légitimer l'analyse économique du droit. Notons sur ce point que même si l'analyse économique était légitimée comme méthode d'approche du droit, l'analyse économique du droit resterait trop « plurielle » pour assurer que tout modèle est valable : chacun des modèles pose un certain nombre d'hypothèses dont la modification conduit, souvent, à des résultats différents. Comment savoir quel modèle est effectivement descriptif et quelle efficacité dans le monde est en jeu ? Même si le critère (qui est déjà pluriel) était descriptif, cela ne signifierait pas que l'identification de la situation efficace serait la même quel que soit le modèle. La discussion quitterait le terrain de la valeur de l'efficacité pour la valeur des autres hypothèses du modèle.

Globalement, l'efficacité n'est un critère descriptif qu'à l'intérieur d'un modèle déterminé. Sortir de ce modèle pour extrapoler la solution à des situations concrètes ne va pas de soi sans qualification et, en tout état de cause, ne relève pas de la seule science économique (notamment pour juger de cette possibilité). Or ces qualifications ne sont que rarement réalisées et il est délicat

¹¹⁰³ La question ne se pose véritablement que pour le modèle descriptif pour le monde et non dans le modèle. En un sens tout résultat mathématique est descriptif dans le modèle mais ceci n'apporte pas grand-chose, autre que de permettre de continuer à ce jeu logique.

de considérer que la seule mention « toutes choses égales par ailleurs » est suffisante sans la précision de ce que recouvre cette dernière considération. Sur ce point, nous partageons l'avis de Gibbard et Varian : « *If the uses of deliberate distortion are ignored, and the job of applied models is taken to be no more than accurate approximation under constraints of simplicity and tractability, many of the caricatures economic theorists construct will seem unsuited for their job* »¹¹⁰⁴.

C. L'efficacité comme critère méthodologique : l'efficacité comme nécessité logique ?

Le choix du concept d'efficacité par l'analyse économique du droit ne nous semble pas devoir être recherché principalement dans ses vertus descriptives ou normatives – d'ailleurs très largement contestables – mais plutôt dans sa logique méthodologique.

Comme nous l'avons précisé, l'analyse économique se présente essentiellement comme un système logique d'interprétation du monde. De même que Euclide faisait reposer la géométrie sur un petit nombre d'axiomes à partir desquels il était possible d'élaborer l'ensemble de la géométrie plane, l'analyse économique fait reposer son système d'interprétation sur les deux piliers que sont l'efficacité et la rationalité. La mathématisation traduit d'ailleurs que l'étape importante est plus celle de la sélection des éléments à prendre en compte que l'étape du calcul proprement dit.

Afin d'étayer cette thèse, nous examinerons tout d'abord une raison profonde du rejet de la question de la répartition des richesses au seul profit de l'efficacité (1). Nous présenterons ensuite l'intérêt que peut présenter une appréhension purement méthodologique des critères d'efficacité – et par extrapolation, que nous réaliserons dans la seconde partie de notre thèse, de l'analyse économique du droit : l'efficacité n'est qu'un outil de structuration du monde parmi d'autres (2).

1. retour sur la question de l'efficacité et de la répartition des richesses : l'éclairage fourni par l'appréciation purement méthodologique

Lors de ses débats avec Malloy, Posner nous donne quelques indications sur une des raisons ayant présidé au choix d'un critère « simple » d'efficacité au détriment de la prise en compte d'éléments plus « complexe(s) » comme la distribution des richesses et les effets de richesse. « *So, as I say, even if you abstract from all distributive considerations and you consider that sellers are as good as consumers and*

¹¹⁰⁴ Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 677

money in their hands is worth the same as money in the consumer's hand, you still have an economic argument against monopoly, an argument for government intervention, and I think a more powerful argument precisely because it abstracts from highly controversial distributive considerations»¹¹⁰⁵. Autrement dit, les raisons de son choix sont, avant tout, méthodologiques : par souci de simplicité et d'adhésion, Posner valide le rejet de la dimension de distribution comme obligation systématique. Ceci ne signifie pas qu'il ne faut pas tenir compte de cette dimension car elle n'« apporte » rien à l'analyse ; le point est strictement méthodologique : en tenir compte complexifie trop l'analyse. Posner ajoute d'ailleurs « *I do not deny that there is that moral concern, and I do not suggest that wealth maximization should override it* »¹¹⁰⁶.

Nous retrouvons ici l'idée de caricature : le monde n'est pas la caricature et le modélisateur ne prétend pas qu'il soit possible d'utiliser sa caricature quelles que soient les circonstances. La caricature n'a d'intérêt que dans la mesure où elle met au jour certaines dimensions qui nous semblent « pertinentes »¹¹⁰⁷ (a priori ou a posteriori). Le « style » de la caricature est le style économique, et l'efficacité et la rationalité font partie de ce style¹¹⁰⁸.

Sous cet angle, il est possible de considérer l'analyse économique comme un jeu méthodologique, ce jeu au sein duquel nous disposons de concepts d'efficacité permettant de qualifier certains résultats. Une fois que nous avons défini le système et ses acteurs ainsi que leur rationalité – autrement dit la structure du modèle – et que nous faisons tourner le modèle, nous aboutissons à un résultat. Par exemple, pour comparer l'efficacité relative d'une responsabilité sans faute et d'une responsabilité pour faute, il s'agira de comparer comment les agents se comportent dans chacune des situations. Néanmoins, si nous souhaitons pouvoir discriminer entre deux résultats (pouvoir faire un choix économique entre ces deux résultats) et ainsi ne pas nous en tenir à l'éclaircissement des conséquences d'une règle juridique particulière, il nous faut un critère de discrimination.

Ce critère peut aussi être l'objectif de la règle si celui-ci est précisé, mais uniquement lorsque nous souhaitons « connaître » les conséquences d'une règle dans le modèle et non son efficacité

¹¹⁰⁵ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 168

¹¹⁰⁶ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 170

¹¹⁰⁷ Le choix de ce qui est « pertinent » dépendra soit de considérations personnelles, soit de considérations de groupe. En un sens, il faut répondre à des attentes pour que le résultat soit jugé comme pertinent. En supposant donc que le modélisateur recherche une adhésion, il devra choisir des éléments qui seront jugés pertinents par les personnes qui le jugeront.

¹¹⁰⁸ Nous retrouvons ici l'idée du codage économique du monde.

relative. Par exemple, sous certaines hypothèses, il sera possible de montrer que les lois visant à protéger les locataires ont pour conséquences d'exclure certaines personnes de la possibilité d'accéder à un logement. Dans ce cas, les critères d'efficacité ont une utilité très limitée.

Si l'objectif de la règle n'est pas précisé et qu'il s'agit d'analyser l'efficacité relative de deux règles, le critère d'efficacité sera retenu. Nous disposons là d'un critère de « désirabilité » fourni extérieurement au modèle (ou plus précisément ce critère est un axiome du modèle). Sans ce critère, rien ne pourrait être dit sur le choix d'une option plutôt que d'une autre¹¹⁰⁹.

Ce critère est purement « économique » (ou du moins il est jugé comme tel) et permet de continuer à utiliser les outils d'optimisation utilisés pour les individus (en un sens, il n'y a que la fonction d'utilité qui change). Par exemple, pour connaître la situation optimale face à une externalité, la méthode d'internalisation vise à se demander ce qu'un individu qui serait à la fois générateur et victime de l'externalité ferait afin de maximiser son utilité. Le socle de l'inefficacité potentielle de l'externalité se trouvant dans l'écart entre le coût social et le coût individuel, cette méthode permettrait d'égaliser le coût social et le coût individuel (ce qui explique l'une des raisons du choix de la méthode coûts-bénéfices ou du critère de Kaldor Hicks)¹¹¹⁰.

Introduire la question de la répartition des richesses, c'est s'immiscer sur le terrain de la « justice » et, logiquement, l'économie ne peut le faire qu'avec ses propres outils¹¹¹¹, essentiellement par une incorporation (ce qui dissout, plus que n'apporte une solution, au problème). Par ailleurs, comme le fait remarquer Posner, il existe différentes conceptions de la justice ou de la « bonne » répartition des richesses, si bien que la valeur d'un modèle risque d'être réduite à cette seule considération (ce qui est en partie le cas avec l'analyse économique du droit)¹¹¹² ; ajoutons aussi que la justice ne répond pas nécessairement à la logique du simple calcul mais utilise la faculté de

¹¹⁰⁹ Autrement dit, c'est parce que l'économie souhaite pouvoir réaliser des choix qu'elle doit disposer d'un critère pour ce faire et donc du critère d'efficacité.

¹¹¹⁰ Sous cet angle, nous pouvons nous interroger sur l'existence de différences substantielles entre l'optimisation individuelle et l'optimisation sociale (les modèles économiques jugés libéraux ouvrent dès lors la voie à une approche en termes de planification). A la limite, ne serait-il pas possible d'avancer l'idée selon laquelle accepter la rationalité, c'est accepter l'efficacité et que le statut de ces deux concepts est le même ? Aucune étude n'existe sur ce sujet et la question n'a jamais été posée, du moins à notre connaissance.

¹¹¹¹ Ce qui explique logiquement l'opposition de Dworkin à cette méthode.

¹¹¹² Notons qu'à la limite, pour les tenants d'une prise en compte de la dimension de répartition des richesses, l'absence de choix fait par l'analyse économique n'est jamais qu'un choix (ce qui ne sera pas nécessairement le cas pour les tenants de l'analyse économique du droit justement car la question de la répartition des richesses est considérée comme secondaire chronologiquement). C'est d'ailleurs cette approche de Posner reprochée à Malloy (Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 167

délibération qui est tout autre et difficilement formalisable. L'objectif de la dissociation des deux étapes – maximisation de la taille du gâteau et répartition de ce dernier – permet donc de légitimer la recherche de l'efficacité « pure » en reléguant au second plan la question de cette répartition. Lorsque cette dissociation est impossible, la logique s'écroule en partie (et ajouter que les préférences sont normalement égoïstes permet d'éviter en grande partie ce type de problème¹¹¹³).

2. L'efficacité comme outil de structuration du monde

Rien n'interdit de considérer que le monde puisse se structurer à partir de l'idée d'efficacité. Si, de plus, l'efficacité dispose de vertus analytiques, tout va pour le mieux (même si la vertu analytique lorsqu'un individu fait de la théorie économique relève plus d'une croyance que du démontrable¹¹¹⁴). Posner se rapproche de ce sens lorsqu'il précise que : « *Wealth maximization is analytically fruitful and I think it has a large, although not an unrestricted, domain of application to law and to public policy in general* »¹¹¹⁵. Aucune indication n'est fournie par Posner concernant le sens de la fin de la phrase, mais il est évident que sa croyance ne résulte pas d'une « démonstration ». Si nous sommes prêts à accepter ce type de structuration, même en le qualifiant, l'approche est utile ; si en plus elle conduit à des résultats « intéressants », elle est fertile. Il semble par ailleurs que Posner adopte une position purement méthodologique concernant l'approche (a priori l'ensemble des domaines du droit peut être appréhendé grâce à ces outils mais certains domaines sont plus pertinents que d'autres).

Nous retrouvons l'idée de schéma d'interprétation que nous avons développée dans l'approche méthodologique de la rationalité. Il serait ainsi possible, face à une décision, de postuler que celle-ci est efficace pour ensuite en analyser les conditions (d'efficacité). De même, en supposant que l'efficacité soit un objectif (en raison de notre axiomatique), il serait possible de critiquer certaines décisions, ce qui favoriserait de nouvelles justifications pour les politiques publiques. Penser en termes d'efficacité économique est donc susceptible de modifier notre représentation du monde.

¹¹¹³ Dans le modèle idéal de la concurrence pure et parfaite, interdire les externalités revient à interdire que l'utilité d'un individu dépende de l'utilité d'un autre individu, si bien que la dissociation est alors toujours possible puisque cette condition interdit en grande partie que l'efficacité dépende de la répartition des richesses.

¹¹¹⁴ Il ne s'agit pas ici d'une critique puisque nous agissons essentiellement parce (par ce) que nous croyons et non parce (par ce) que nous connaissons.

¹¹¹⁵ Richard Posner, *Law and Economics Is Moral*, op cit, p 173

Nous retrouvons aussi l'idée de contraintes d'argumentation. Pour l'économie, un système ne peut être qualifié d'efficace que relativement aux critères d'efficacité utilisés par celle-ci. De même, le choix entre deux systèmes ne peut se faire économiquement que relativement aux critères d'efficacité dégagés par la science économique. *L'efficacité est une règle du jeu et ne pas l'utiliser revient à ne pas jouer au jeu de l'économie* (jouer au jeu de l'économie suppose des « contraintes »).

En tout état de cause, le seul fait de disposer d'un outil pour structurer le monde – même si nous considérons que cet outil n'est pas adapté ou n'est pas le « bon » – n'est pas inutile en soi, surtout si nous lui reconnaissons une certaine vraisemblance (et un critère comme celui de Pareto est largement vraisemblable). Si la compréhension du monde n'est que le fruit de représentations de celui-ci, disposer de nouvelles approches nous permettrait d'affiner cette compréhension du monde et de ses mécanismes. Par exemple, il serait possible de remettre en cause ou de « refonder » certaines valeurs morales largement partagées (comme le refus de l'esclavage), de donner de nouveaux arguments pour justifier le droit de propriété ou l'importance des mécanismes contractuels, etc... Ses nouvelles approches ou considérations donneraient, elles-mêmes, lieu à des précisions et de nouvelles recherches. Plus généralement, toute nouvelle analyse (cohérente du point de vue interne) permettrait de fertiliser le champ de la réflexion et de mieux saisir certains concepts du domaine en question.

Avancer une telle position suppose qu'il n'existe pas une seule vérité du monde ou une seule bonne méthode d'approche. Par exemple, s'il était absolument vrai que l'évaluation d'une politique publique se fasse et doive se faire exclusivement en fonction d'un critère différent de celui de l'efficacité, ajouter l'efficacité ne conduirait qu'à une « perversion ». Si en revanche nous ne connaissions pas la bonne méthode pour évaluer une politique publique, plus nous disposerions d'outils, plus nous penserions que notre choix est suffisamment informé (pour ne pas dire rationnel). La science n'a-t-elle d'ailleurs pas pour but de réduire l'incertitude dans laquelle nous nous trouvons pour nous permettre d'agir « au mieux » ?

Ces remarques sont transposables à n'importe quelle science ou à n'importe quelle structuration du monde adoptée. Elles sont cependant rarement avancées, alors qu'elles permettraient de réduire de nombreuses difficultés relatives à la portée des résultats des sciences sociales (et donc de l'analyse économique du droit). Ce point sera développé dans la seconde partie de notre thèse.

Nous avons présenté uniquement les critères « classiques » de la rationalité en économie. Il faut maintenant ajouter quelques complications au système. Ces complications ne sont que de nouveaux éléments que nous pouvons ajouter dans notre système global de représentation du monde.

Section 2 : La notion d'efficacité économique dans un cadre dynamique, un concept beaucoup plus flou

« *There never was much justification for the assertion that the civilization has moved, is moving and will move in a desirable direction, nor was there any ground for regarding all change as necessary, or progress as certain and always beneficial* »¹¹¹⁶

Friedrich Hayek

« *In the notion of general equilibrium the rejection of time imposes itself inexorably* »¹¹¹⁷

Georges Shackle

Les concepts d'efficacité utilisés par l'analyse économique « classique » – et réutilisés par l'analyse économique du droit « classique » – souffrent principalement d'un manque de considération pour la dynamique des systèmes. Ce manque de considération peut s'expliquer par des raisons purement méthodologiques, notamment pour la simplicité de l'analyse – déjà très relative concernant certains modèles – ou l'interprétation des résultats. Les éléments présentés n'ont pas pour objectif de contester ce postulat méthodologique (comme postulat méthodologique) mais uniquement de fournir de nouveaux outils – et de nouveaux éléments de réflexion – pour penser l'efficacité dans un cadre dynamique et « qualifier » ainsi les résultats obtenus par l'analyse économique et l'analyse économique du droit.

Que devient le concept d'efficacité lorsqu'il est inséré dans un système dynamique ? Autrement dit, que devient-il lorsque le temps, l'innovation, l'apprentissage, l'incertitude ou encore le changement dans les préférences individuelles interviennent ? Est-ce que les résultats obtenus par l'analyse classique « tiennent », ou doivent-ils être remis – partiellement ou totalement – en cause lorsque le « monde » change ? Une telle question pourrait apparaître comme pure rhétorique, pourtant les limitations de l'approche classique pourraient se dévoiler et conduire, nous semble-t-il, à une approche certainement moins opérationnelle – au regard de la méthodologie scientifique prônée par l'analyse économique – mais beaucoup plus « lumineuse » si nous souhaitons comprendre un peu mieux ce qu'il en est dans le monde « réel ». Sur ce point, nous partageons l'avis de Hayek : « *the social sciences... have to deal with structures of essential complexity, ie with structures*

¹¹¹⁶ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, [1960] 1992, Chicago University Press, Chicago, 568 pages, p 39.

¹¹¹⁷ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 254

whose characteristic properties can be exhibited only by models made up of relatively large numbers of variables. »
*« I confess that I prefer true but imperfect knowledge, even if it leaves much indetermined and unpredictable, to a pretence of exact knowledge that is likely to be false... Seemingly simple but false theories may... have grave consequences »*¹¹¹⁸.

Nous avons pu observer, lorsque nous avons présenté les différentes « défaillances de marché », que c'est relativement à l'efficacité que se pense le rôle de l'Etat – et plus généralement des institutions – en économie. En soi, c'est moins le concept d'efficacité (purement « définitionnel ») que les recommandations permettant de l'atteindre qui nous intéresseront ici. Le marché en concurrence pure et parfaite, dans l'économie néoclassique, constitue la référence, si bien qu'assurer cette concurrence pourrait sembler suffisant pour atteindre des résultats efficaces. Souvenons nous cependant que le premier théorème de l'économie du bien-être s'il qualifie la situation d'équilibre reste muet sur l'atteinte de cet équilibre.

Toute nouvelle approche de l'efficacité conduit à percevoir l'Etat et les institutions comme le droit de façon différente¹¹¹⁹ (le monopole ne sera par exemple pas régulé de la même façon selon la théorie économique sous-jacente à laquelle les décideurs vont pouvoir adhérer ; l'interventionnisme économique de l'Etat sera également différent). Posner a par exemple critiqué la position de Hayek¹¹²⁰ sur la base d'une théorie économique différente de l'approche « autrichienne » (même si chacun de ces auteurs peut être perçu comme un penseur « libéral »). Nous ne développerons pas ici les conséquences des différentes conceptions de l'efficacité sur la compréhension du rôle de l'Etat ou du droit. Nous continuerons uniquement notre exploration de la conception de l'efficacité en économie.

Nous commencerons par présenter quelques limitations des conceptions classiques de l'efficacité (§1), autrement dit en quoi la prise en compte de la dynamique (même fictive en ce sens que l'incertitude n'est pas « insérée ») remet en cause de nombreux résultats classiques. Il ne s'agira pas de critiquer les critères d'efficacité (puisque'il ne s'agit que de définitions) mais les résultats et recommandations fondés sur ces critères (et notamment le premier théorème de l'économie du bien-être ou l'influence du marché sur l'allocation efficace des ressources).

¹¹¹⁸ Friedrich Hayek, *The Pretence of Knowledge*, op cit, p 26 et p 29

¹¹¹⁹ Nous donnerons quelques indications supplémentaires sur ce point dans notre prochain titre consacré à la conception du droit dans l'analyse économique du droit.

¹¹²⁰ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, spécialement chapitre 7, pp 249-291 et dans ce chapitre, pp 274-288, par exemple, p 282 « *It would be hasty to describe Hayek as an "enemy" of economic analysis of law, for so far all I have said is that he rejects an economic analysis that says that judges should use economics to help decide their cases ; and to the extent that this rejection is based on economic grounds, it just means that his is a different economic theory of law from that of people like me* ».

Plus positivement, nous rechercherons ensuite ce que pourrait être un concept d'efficience dans une perspective dynamique (§2) et en quoi cette nouvelle perspective modifie les recommandations de l'analyse économique classique – même si elle apparaîtra, clairement, moins « opérationnelle ».

§1. Les limitations des conceptions classiques de l'efficience dans un cadre dynamique

Adam Smith, le père de la science économique « moderne », est à l'origine de la fascination des économistes pour les institutions du marché. L'idée de la main invisible¹¹²¹ ne semble dire rien plus que l'efficience de telles institutions : des individus guidés par leur(s) seul(s) intérêt(s) avancent en même temps l'intérêt social sans le savoir et sans le vouloir explicitement¹¹²².

Sous sa forme moderne, cette « idée » s'est transformée en théorème, le premier théorème de l'économie du bien-être¹¹²³ : si les individus sont rationnels au sens néoclassique (consommateurs et producteurs) et si les marchés sont complets et en concurrence pure et parfaite, et qu'ils sont tous à l'équilibre, l'allocation des ressources est efficiente au sens de Pareto. Le théorème précise bien que, *une fois que les marchés sont à l'équilibre*, l'équilibre résultant est efficient au sens de Pareto. Il n'informe donc en rien sur la *dynamique* du système et ne fournit aucun indice permettant de choisir un équilibre s'il en existe plusieurs. Comme le note Philippe de Villé : « *La preuve de l'existence est bien celle d'une compatibilité ex ante entre l'ensemble des choix des agents individuels. Elle ne porte pas sur l'établissement des conditions nécessaires pour que ces transactions d'équilibre de potentielles puissent devenir effectives, ni sur l'identification des processus qui permettent à cet équilibre de se constituer* »¹¹²⁴.

Se pose alors la question de savoir si en partant d'un état de déséquilibre (quelconque ou proche d'un équilibre), ce point d'équilibre efficient est nécessairement atteint par les mécanismes du

¹¹²¹ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, op cit, vol 1, pp 477-478: « *he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention... By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it* ». Si Adam Smith est connu pour cette idée, elle n'apparaît pourtant qu'une seule fois explicitement dans son ouvrage.

¹¹²² Le problème est en fait, nous le verrons, plus compliqué dans la mesure où pour Adam Smith, le marché ne fonctionne pas uniquement avec des individus égoïstes mais aussi avec des individus moraux si bien que le marché fonctionne essentiellement en raison de cette attitude « morale » des individus.

¹¹²³ Nous nous sommes déjà intéressé à ce théorème lorsque nous nous sommes penchés sur critère de Pareto dans la précédente section.

¹¹²⁴ Philippe de Villé, *Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions*, op cit, p 22

marché (stabilité globale ou locale). Autrement dit, disposer de (ou assurer que les) marchés en concurrence pure et parfaite et d'individus rationnels suffit-il à garantir l'efficacité globale du système ? Deux questions doivent alors être analysées : celle de l'unicité (si le point n'est pas unique, des interventions peuvent avoir lieu pour favoriser un équilibre plutôt qu'un autre) et de la tendance « globale » vers l'équilibre (A) (partant d'un point de déséquilibre quelconque, l'équilibre est-il retrouvé ?), et celle de la « dépendance par rapport au chemin » ou la question de l'ergodicité du système dynamique (B) : est-ce-que l'ordre des transactions (le chemin parcouru) peut avoir un rôle sur l'équilibre obtenu (l'efficacité du système) et est-ce-que cet équilibre suppose que la solution la plus efficace est toujours la solution retenue par le processus d'évolution (l'efficacité est-elle seulement le résultat de la rationalité des agents en conjonction avec un système de marchés ?) ? Sur ce dernier point, la citation de Hayek, en tête de cette section, annonce déjà une partie des résultats.

A. La théorie de l'équilibre général et la question de la tendance vers l'équilibre

L'approche en termes d'équilibre général constitue un des traits caractéristiques de l'approche néoclassique et « *lies at the heart of all claims that markets lead to efficient solution* »¹¹²⁵. Si ce modèle était « valable », il suffirait que les individus soient rationnels et les marchés en concurrence pour que l'équilibre soit efficace au sens de Pareto. En un sens, le Léviathan pourrait être évité sans qu'une anarchie en résulte. Autrement dit, s'il est possible de montrer que le modèle de l'équilibre général ne tient pas dans un cadre dynamique, les recommandations visant une confiance « aveugle » dans les mécanismes du marché et de la concurrence pour assurer l'efficacité du système peuvent être remises en cause.

La notion d'équilibre est délicate à définir. En reprenant la formulation de Nash, nous dirons qu'une situation est en équilibre lorsqu'aucun individu n'a pas intérêt à modifier sa stratégie si les autres individus ne la modifient pas. Si chaque individu obtient exactement ce qu'il souhaite, comme dans le cas du modèle de l'équilibre général, alors nous sommes à un équilibre de ce type¹¹²⁶. Logiquement, une fois cet équilibre atteint, aucun individu, toutes choses égales par ailleurs, ne souhaite continuer à échanger – si bien que certains auteurs considèrent qu'atteindre

¹¹²⁵ Alan Kirman, General Equilibrium, 2004, in Paul Bourguine et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, op cit, pp 33-53, p 34

¹¹²⁶ Une définition proche se retrouve dans Philippe de Villé, Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions, op cit, p 18 : « *l'économie se trouve dans une situation d'équilibre, lorsque dans cette situation et pour un environnement donné, aucun individu n'a une quelconque incitation à modifier son comportement* ».

l'efficacité revient à un point de destruction du marché. D'autres concepts pourraient être utilisés, l'équilibre pouvant signifier que les prix « gravitent » globalement autour d'un point d'équilibre. Les économistes retiennent plutôt la formulation de Nash, l'équilibre se traduisant alors mathématiquement par un point fixe.

Notons ici la distinction entre l'équilibre général et l'équilibre partiel. L'équilibre général vise l'ensemble des marchés alors que l'équilibre partiel n'en vise qu'un seul (ou un petit nombre). L'équilibre partiel est utilisé en analyse économique du droit même si nous savons que rétablir les conditions permettant d'atteindre l'équilibre sur un marché ne conduit pas nécessairement à améliorer l'efficacité globale du système économique, en raison de la théorie de l'optimum de second rang, très largement ignorée par les économistes eux-mêmes (nous reviendrons sur ce point à la fin de ce paragraphe). Il est possible de montrer dans le cadre de l'équilibre partiel qu'il existe une tendance vers cet équilibre, toutes choses égales par ailleurs : si les prix augmentent les quantités diminuent et si les prix diminuent les quantités baissent, l'équilibre obtenu est alors unique et stable.

Afin de bien comprendre les implications de l'insertion de la dynamique dans le modèle de l'équilibre général, nous commencerons par revenir sur la logique originelle du modèle, celle du « commissaire priseur » walrasien¹¹²⁷ (1) afin d'en montrer les limites. Nous examinerons ensuite la question de la tendance vers l'équilibre (2). Ce second point visera plus spécifiquement à analyser si la « main invisible » est « effectivement » à l'œuvre.

Notre présentation sera ici synthétique et non technique. Nous ne prétendons pas pouvoir rendre compte de l'ensemble des travaux en la matière et encore moins de leurs subtilités (nous donnerons néanmoins quelques indications bibliographiques). Nous souhaitons uniquement montrer que les fondements « classiques » du recours au marché pour assurer l'efficacité ne sont pas sans critique possible. Si l'équilibre n'est pas unique et s'il n'existe pas de tendance générale vers l'équilibre – si les forces de la concurrence ne sont pas suffisantes pour atteindre l'équilibre et donc l'efficacité –, alors un espace est ouvert permettant à un certain nombre d'institutions d'intervenir pour favoriser une certaine « efficacité » du système¹¹²⁸.

¹¹²⁷ De façon amusante, Walras était d'ailleurs plutôt de « gauche » et son modèle s'avère beaucoup plus centralisé que ce que pourrait laisser croire une première approche.

¹¹²⁸ Si nous supposons, comme le fait classiquement l'économie, que le but du système est d'atteindre l'efficacité.

1. Logique du « commissaire priseur » walrasien : l'absence d'une véritable dynamique dans le modèle

Si nous souhaitons comprendre la logique de l'équilibre général, il n'est pas inutile de revenir sur les premiers modèles visant à analyser la stabilité de l'équilibre. Ces modèles correspondent à l'hypothèse de tâtonnement¹¹²⁹ (a). Ce type de modèle se révèle extrêmement limité et ne permet pas de conclure – bien au contraire – que l'équilibre (donc l'efficacité) est atteint par les forces du marché¹¹³⁰. Nous reviendrons ensuite sur la question de l'existence et de l'unicité de l'équilibre (b). Si l'équilibre est multiple, un choix pourra intervenir pour sélectionner ou favoriser un équilibre. Ce choix ne relèvera d'ailleurs pas nécessairement de l'économie (comme discipline).

a. le « tâtonnement » walrasien : un équilibre qui ne dépend pas des interactions des agents

Les modèles de ce type sont relativement faciles à comprendre (au moins de façon intuitive). Samuelson est l'un des premiers à en présenter un et à s'intéresser explicitement à la question de la dynamique du système économique¹¹³¹. Nous avons déjà précisé qu'à l'équilibre général, tous les agents obtiennent exactement ce qu'ils souhaitent. Autrement dit, il ne doit pas exister de « demande excédentaire » sur un marché particulier – puisque sinon un individu au moins souhaiterait acquérir un bien sans le pouvoir. Le problème sera alors de trouver un vecteur de prix¹¹³² permettant la disparition de toute demande excédentaire¹¹³³.

Dans ce type de modèle, les prix de chaque bien s'ajustent en dehors de l'équilibre et aucune transaction n'est réalisée avant que l'équilibre ne soit atteint. On fait en principe appel à la fiction du « commissaire priseur » walrasien pour s'occuper de la fixation des prix (et donc du vecteur de prix). Celui-ci est censé annoncer un vecteur de prix et comptabiliser les demandes excédentaires.

¹¹²⁹ Pour Fisher, « la littérature sur la stabilité s'est exclusivement consacrée à l'étude du tâtonnement pendant une bonne vingtaine d'années (en gros de 1940 à 1960) ». Franklin Fisher, *La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité*, in Jean Cartelier, *La Formation des Grandeurs Economiques*, 1991, PUF, Paris, 357 pages, pp 19-55, spécialement p 27. Plus généralement, voir Franklin Fisher, *Disequilibrium Foundations of Equilibrium Economics*, 1983, Cambridge University Press, Cambridge, 248 pages.

¹¹³⁰ La question de la tendance vers l'équilibre sera plus détaillée dans notre 2. Les modèles de tâtonnement ont servi de base aux réflexions relatives à l'équilibre générale, à son unicité et à sa stabilité. Cette partie ne vise qu'à poser le cadre « classique » de l'analyse.

¹¹³¹ Paul Samuelson, *The Stability of Equilibrium : Comparative Statics and Dynamics*, 1941, *Econometrica*, vol 9, pp 97-120. Plus précisément, il « mathématise » ce qui, chez Walras, n'était qu'intuitif et littéraire.

¹¹³² Un vecteur de prix est la traduction mathématique d'un ensemble de prix relatifs à chaque bien. Par exemple, dans une économie de deux biens, le vecteur associé à chaque bien un prix.

¹¹³³ Il est d'ailleurs possible de démontrer (sous conditions), qu'un tel vecteur existe et que donc l'équilibre général existe.

Il augmentera les prix pour les marchés dans lesquels la demande est supérieure à l'offre et diminuera les prix dans le cas contraire. Une fois le vecteur de prix assurant l'équilibre général atteint, les transactions ont lieu aux prix d'équilibre. Notons que si un marché particulier arrive à l'équilibre au cours du processus, cet équilibre peut ensuite être « rompu » en raison d'une certaine interdépendance (un consommateur ajuste son panier de biens en fonction des variations de prix). De façon imagée, le travail du commissaire priseur est aussi délicat – même si ce point est rarement souligné – que celui de l'adepte du rubick's cube dans la mesure où l'équilibre sur les différents marchés (l'existence de faces de même couleur) sont interdépendants (ce n'est pas parce qu'une face est de la même couleur que toutes le sont mais si cinq le sont, la sixième l'est aussi).

Ce processus est globalement stable si les fonctions de demandes excédentaires ont des propriétés particulières (par exemple la propriété de substituabilité brute¹¹³⁴) et qu'aucune transaction ne se produit hors équilibre¹¹³⁵.

Ce modèle est plus proche de la planification que de l'économie libérale, plus proche de la centralisation que de la décentralisation. L'équilibre n'est pas atteint en raison des interactions des agents mais grâce au « commissaire priseur » (afin d'assurer l'idée que les agents sont des preneurs de prix). Le vecteur de prix n'est pas le résultat de l'interaction, autrement dit de l'échange entre les agents économiques¹¹³⁶ ; les agents ne sont donc pas incités à adopter des comportements stratégiques car « ils savent » que le déséquilibre est impossible (et leur rationalité est extrêmement forte car ils savent traiter instantanément l'impact d'un vecteur de prix sur leurs demandes). Dès lors, ce modèle souffre « de l'irréalisme évident de l'hypothèse qui veut que seuls les prix s'ajustent en dehors de

¹¹³⁴ C'est-à-dire que la demande nette d'un bien quelconque augmente lorsque le prix de n'importe quel autre bien augmente. Dit autrement : « *if one commodity price goes up while all other prices remain unchanged, there will be an increase in excess demand for every commodity whose price has remained constant* » (Kenneth Arrow, H. D Block et Leonid Hurwicz, On the Stability of Competitive Equilibrium II, 1959, *Econometrica*, vol 27, pp 82-109, p 86). Cette propriété est considérée comme extrêmement forte. Cette hypothèse est fondamentale mais, comme nous le verrons, n'a pas véritablement de fondements microéconomiques. Outre la substituabilité brute, les auteurs ont aussi avancé l'idée de « dominance diagonale ». Pour une présentation pédagogique des résultats, voir Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Equilibre Général*, 1989, 3^e édition, Economica, Paris, 495 pages, pp 164-169. L'intérêt de ces points sera développé de façon plus poussée par la suite.

¹¹³⁵ Voir par exemple Kenneth Arrow et Leonid Hurwicz, On the Stability of Competitive Equilibrium I, 1958, *Econometrica*, vol 26, pp 522-552; Kenneth Arrow, H. D Block et Leonid Hurwicz, On the Stability of Competitive Equilibrium II, op cit. Ces deux articles sont historiquement les plus importants. Il serait aussi possible de mentionner Frank Hahn, Gross Substitutes and the Dynamic Stability of General Equilibrium, 1958, *Econometrica*, vol 26, pp 169-170

¹¹³⁶ Ce qui revient à dire que l'équilibre et donc l'efficacité n'est pas atteint en raison de la « main invisible » puisque celle-ci vise plutôt l'interaction entre les agents économiques.

l'équilibre, les agents recontractant en permanence, au lieu d'échanger (sans parler de la consommation et de la production exclues en cours de tâtonnement) »¹¹³⁷.

La dynamique n'est qu'illusoire puisque le temps reste fictif ou « théorique »¹¹³⁸. Par fiction, l'atteinte de l'équilibre n'a pas de coût, ce qui revient à considérer que le tâtonnement ne se déroule pas dans le temps (ou dans un temps très court) : il n'existe donc pas de dynamique véritable. De même, pendant le processus d'ajustement du vecteur de prix, nous supposons que de nouvelles opportunités ne sont pas découvertes et que les préférences des agents n'évoluent pas. *Le premier théorème de l'économie du bien-être ne fait donc que décrire une propriété de l'équilibre de concurrence pure et parfaite et non une propriété du processus d'échange marchand* (qui néanmoins conduit les agents économiques rationnels à n'échanger que lorsqu'ils y ont un intérêt du point de vue de l'économie ; la nature de l'efficacité est donc bouleversée, nous insisterons sur ce point, lorsque la dynamique est prise en compte) – si nous retenons ce type de modèle pour expliquer l'échange marchand (alors que la formation des grandeurs économiques est délicate dans ce type de modèle).

b. la question de l'unicité de l'équilibre

Idéalement, une économie ne dispose que d'un seul équilibre dans la mesure où il sera éventuellement possible de le prédire. Par ailleurs, l'existence d'un seul équilibre¹¹³⁹ conduit à reconnaître qu'il n'existe qu'une seule situation parfaitement efficace au sens de Pareto. Si de plus le processus est stable, et converge vers l'équilibre, l'efficacité pourra être achevée par le processus de l'échange marchand¹¹⁴⁰.

Si plusieurs équilibres existent, cela signifie au contraire que plusieurs situations sont efficaces au sens de Pareto et qu'il y aura éventuellement un « choix » à faire – même s'il est délicat

¹¹³⁷ Franklin Fisher, *La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité*, op cit, p 25. D'une manière générale, il est possible de se référer à cet article pour une critique des modèles de tâtonnement.

¹¹³⁸ Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Equilibre Général*, op cit, par exemple, p 110. En étant plus généreux, il s'agit d'une conception dynamique *a minima*.

¹¹³⁹ Nous ne traiterons pas ici la question de l'unicité locale (qui est assez technique et qui ne sert pas tellement notre argumentation). Sur ce point, voir Andreu Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, par exemple p 590. Gerard Debreu a montré que même s'il n'existait pas qu'un seul équilibre, il existe une unicité locale (Gerard Debreu, *Economies with a Finite Set of Equilibria*, 1970, *Econometrica*, vol 38, pp 387-392). En tout état de cause, ces résultats se fondent sur la rationalité néoclassique telle qu'elle a été présentée dans le chapitre 1. La convexité de la fonction d'utilité joue d'ailleurs un rôle fondamental dans les résultats présentés par Arrow et Debreu.

¹¹⁴⁰ Et nous le savons déjà, cette convergence ne survient que sous des hypothèses extrêmement précises... qui dépassent d'ailleurs la simple hypothèse de rationalité néoclassique.

d'identifier qui réalisera ce choix, sur quelles bases et s'il pourra même faire un choix – ne serait ce que parce que chaque équilibre aura des conséquences différentes en matière de distribution des ressources¹¹⁴¹. Comme le fait remarquer Bowles, « *the policies appropriate for displacing a unique equilibrium to improve social well being differ markedly from those capable of displacing an economy from one equilibrium to a superior equilibrium* »¹¹⁴². Cela pose aussi la question de la stabilité de ces différents équilibres et de la convergence vers ces équilibres.

Dans le même ordre d'idées, « *If equilibrium is not unique, how conceptually can we do comparative statics since we do not know which equilibria before and after changes we are to compare ?* »¹¹⁴³. Plus radicalement même, sans unicité, toute statique comparative (outil privilégié des économistes et des économistes du droit) n'a pas de fondement théorique¹¹⁴⁴.

La question de l'unicité ou de la multiplicité des équilibres revient essentiellement à s'interroger sur la forme des fonctions de demande excédentaire (agrégée). Si une fonction de demande excédentaire croise l'abscisse (c'est-à-dire qu'il n'existe pas de demande excédentaire pour tel prix) plusieurs fois, alors plusieurs équilibres sont envisageables. Or, justement, il a été prouvé que « *the usual assumptions about consumer preferences and behavior impose virtually no restrictions on the excess demand functions* »¹¹⁴⁵. Ce résultat n'est autre que le théorème Sonnenschein Mantel Debreu¹¹⁴⁶ : l'agrégation des fonctions de demande excédentaire individuelles est susceptible de conduire à une infinité de fonctions de demande excédentaire agrégée – et aucune condition supplémentaire touchant la rationalité des agents ne permet de sortir de cette « impasse »¹¹⁴⁷ ; ce qui ne veut pas

¹¹⁴¹ Et selon la fonction de bien-être social retenu, certains équilibres pourront apparaître plus « désirables » que d'autres.

¹¹⁴² Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, p 219. L'auteur fait aussi remarquer que la multiplicité des équilibres remet en cause le second théorème de l'économie du bien-être, puisque justement la réallocation initiale des biens ne conduira pas nécessairement à un optimum déterminé. Ce résultat est important car l'unicité et la stabilité sont presque implicites dans la logique du second théorème de l'économie du bien-être.

¹¹⁴³ Werner Hildenbrand et Alan Kirman, *Equilibrium Analysis*, 1988, Elsevier, North Holland, Amsterdam, 297 pages, pp 199-200

¹¹⁴⁴ Werner Hildenbrand et Alan Kirman, *Equilibrium Analysis*, op cit, p 201

¹¹⁴⁵ Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, p 217. Dans la version de Debreu, il faut néanmoins négliger les prix proches de zéro.

¹¹⁴⁶ Ce résultat n'a pas été obtenu dans un article cosigné par les 3 auteurs mais par 3 recherches indépendantes menées par chacun des auteurs. Comme nous le verrons ce résultat vise aussi la question de la stabilité. Gerard Debreu, Excess Demand Function, 1974, *Journal of Mathematical Economics*, vol 1, pp 15-21; Rolf Mantel, *On the Characterization of Aggregate Excess Demand*, 1974, *Journal of Economic Theory*, vol 7, pp 348-353; Hugo Sonnenschein, Market Excess Demand Functions, 1972, *Econometrica*, vol 40, pp 549-563; Hugo Sonnenschein, Do Walras' identity and continuity characterize the class of community excess demand functions?, 1973, *Journal of Economic Theory*, vol 6, pp 345-354.

¹¹⁴⁷ L'idée de Sonnenschein était de partir d'une fonction de demande nette quelconque puis de rechercher si une économie était susceptible d'engendrer cette dernière. Or, justement, il est possible de trouver une telle économie.

dire que l'unicité ne puisse être atteinte si certaines contraintes sont ajoutées pour les fonctions de demande excédentaire agrégée¹¹⁴⁸. Cela signifie que de telles restrictions n'ont pas de fondements microéconomiques (dès lors si la main invisible est toujours à l'œuvre, elle peut conduire à différentes allocations des ressources rares). Notons que ce résultat vaut aussi pour la stabilité puisque, comme nous l'avons déjà observé, celle-ci n'est assurée dans les processus du type tâtonnement qu'en présence de certaines caractéristiques touchant la fonction de demande excédentaire agrégée.

Pour Fisher, « *la multiplicité des équilibres possibles est la règle plutôt que l'exception* »¹¹⁴⁹. Notons cependant qu'il existe, normalement, un nombre fini d'équilibres¹¹⁵⁰. Cette multiplicité d'équilibres laisse donc la possibilité, au moins théorique, d'un choix permettant de sélectionner un équilibre possible (et donc une situation Pareto optimale possible, résultat important pour comprendre la signification de l'efficacité en économie et son influence) et réduit très fortement l'intérêt de la statique comparative (sauf à introduire de nouvelles restrictions¹¹⁵¹).

2. la tendance vers l'équilibre dans un système véritablement dynamique, la logique des déséquilibres

La question de la tendance vers l'équilibre n'est autre que la question de la stabilité de l'équilibre. Un équilibre est dit globalement stable si quel que soit le vecteur de prix de départ, il existe une convergence vers l'équilibre (et une fois l'équilibre atteint, il faudrait un choc exogène pour quitter cette situation). Un équilibre est localement stable si, en choisissant un vecteur de prix proche du vecteur d'équilibre, il existe une convergence vers ce vecteur de prix d'équilibre. Il est aussi possible d'évoquer la stabilité relativement à un intervalle (si le vecteur de prix est compris dans un certain intervalle, il existe une convergence vers un équilibre). Remarquons que si l'équilibre est globalement stable, il est nécessairement unique.

La question de la stabilité est fondamentale, elle touche à la « *viabilité du système concurrentiel* »¹¹⁵². L'idée de la main invisible est souvent présentée pour justifier qu'assurer les conditions de la

¹¹⁴⁸ Mas-Colell, Michael D Whinston et Jerry Green, *Microeconomic Theory*, op cit, par exemple p 590 : « *the uniqueness of equilibria is assured only under special conditions* ».

¹¹⁴⁹ Franklin Fisher, *La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité*, op cit, p 22

¹¹⁵⁰ Gerard Debreu, *Economies with a Finite Set of Equilibria*, op cit

¹¹⁵¹ Voir par exemple Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Équilibre Général*, op cit, pp 174-178. L'auteur note même, p 174 que même si l'hypothèse de substituabilité brute est retenue, « *tout « choc » (ou variation des paramètres du modèle) peut se traduire par des réactions en chaîne dont il est difficile, sinon impossible, de déterminer l'ensemble des conséquences* ».

¹¹⁵² Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Équilibre Général*, op cit, p 181

concurrence suffit à assurer l'efficacité du système : les forces du marché sont telles qu'elles conduisent les individus à assurer l'efficacité du système. Autrement dit, des individus simplement rationnels et placés dans le cadre du marché sont susceptibles, par leurs échanges, d'assurer l'efficacité du système. S'il s'avère en fait, pour l'équilibre global, qu'une telle tendance n'existe pas – que rien ne garantit qu'en partant d'un point de départ quelconque, l'équilibre pourrait être atteint – les institutions (dont le droit) mais aussi les politiques économiques retrouveront une place, plus ou moins importante en fonction des « croyances » relatives aux résultats des marchés¹¹⁵³. Evidemment, une telle affirmation laisse supposer que le modèle de l'équilibre général « décrit » (plus ou moins fidèlement) une réalité ou du moins qu'il est considéré comme l'idéal type vers lequel il « faut » tendre pour assurer l'efficacité. Si le modèle économique « représentait » la réalité et s'il existait une tendance vers l'équilibre, le but du législateur (s'il était véritablement nécessaire) serait simplement de réguler le système, c'est-à-dire d'assurer que la concurrence sur les différents marchés est assurée afin que l'efficacité en résulte.

Dans le cadre de notre thèse, une question importante est celle de la cohérence du système axiomatique proposé par la (une) théorie économique (et donc des propositions fondées sur cette axiomatique) : les justifications visant à assurer le rétablissement des conditions de concurrence sur un marché particulier tiennent-elles en ce qui concerne l'équilibre général (renforcé normativement par le premier théorème de l'économie du bien-être) ? La flexibilité des prix est-elle à même de résoudre les déséquilibres ou n'est-elle qu'un postulat de base de l'analyse ? Quelle sera la valeur et le fondement d'une telle recommandation (est-elle une recommandation empirique ou purement théorique et donc relative à un modèle) ? Nous aurons l'occasion de constater que la plupart des résultats formulés par l'analyse économique du droit se fondent sur une approche en terme d'équilibre partiel (toutes choses égales par ailleurs) et non d'équilibre général, ce qui oblige à distinguer l'efficacité sur un marché et l'efficacité globale (et à nuancer certains résultats de l'analyse économique du droit, surtout si la théorie de l'optimum de second rang est prise en compte). Certaines critiques seront apportées à la fin de cette sous partie.

Comme le notent Hildenbrand et Kirman, « *an equilibrium concept is unsatisfactory even if it can be shown to be unique, if one cannot specify some adjustment process which will attain it* »¹¹⁵⁴. En effet, Fisher précise que « *Economists deal with most problems by looking at equilibria. Without stability proof there is no*

¹¹⁵³ Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Équilibre Général*, op cit, p 182 présente une distinction sommaire entre monétaristes, keynésiens et marxistes sur la base des croyances dans la « stabilité » du système capitaliste. Outre ces croyances, il serait possible d'ajouter que le modèle du fonctionnement du marché est lui aussi très important (mais ne peut on pas dire que le modèle n'est qu'une croyance ou ne fait que refléter une croyance ?).

¹¹⁵⁴ Werner Hildenbrand et Alan Kirman, *Equilibrium Analysis*, op cit, p 232

justification for this»¹¹⁵⁵. Supposons qu'il soit possible de montrer qu'une politique économique ou qu'une règle juridique est à même de déplacer l'équilibre du système économique (vers « plus » d'efficacité), cette politique ou cette règle juridique peut être favorisée si la modification conduit effectivement à atteindre le nouvel équilibre (et c'est d'ailleurs en grande partie la logique du second théorème de l'économie du bien-être). Si tel n'est pas le cas, la simple précision relative à l'équilibre est d'un intérêt mineur (à moins d'avoir une conception plus large de l'équilibre). Comme le précise Negishi, « *Different adjustment processes have different stability properties, so that a system involving one adjustment process may be stable while another system, identical in the static aspect with the former but coupled with a different adjustment process, may not* »¹¹⁵⁶. Un tel résultat relativise la portée des théorèmes de l'économie du bien-être surtout lorsqu'il est couplé à la multiplicité des équilibres.

Afin de présenter quelques éléments sur la question, nous reviendrons sur la stabilité dans les modèles de « tâtonnement » (a) et sur la stabilité dans les modèles de « non tâtonnement » (b). Ces questions font souvent l'objet d'études mathématiques poussées. Nous ne présenterons que quelques résultats de façon littéraire. L'idée est relativement simple : peut-on montrer, à l'aide de l'axiomatique touchant les individus, que les marchés (et nous verrons qu'en fait ils ne sont que fictifs dans les modèles de tâtonnement) conduisent à l'efficacité optimale ?

a. L'instabilité dans les modèles de tâtonnement

Nous avons déjà précisé que les modèles de tâtonnement n'étaient stables que si certaines conditions relatives aux fonctions de demande excédentaire existaient (notamment la « substituabilité brute »). Or, nous savons que rien, au niveau microéconomique (sous les hypothèses traditionnelles), ne peut contraindre la forme de ces demandes, en raison du théorème de Sonnenschein-Mantel-Debreu¹¹⁵⁷. Autrement dit, les seuls faits que les individus soient rationnels et que les marchés soient en concurrence pure et parfaite (et nous savons que cette dernière condition est déjà impossible... et qu'à la limite, elle nie l'idée même de marchés) ne permettent pas d'assurer que l'équilibre (et donc l'efficacité) soit atteint en laissant « tourner » le système (sauf exceptions).

¹¹⁵⁵ Franklin Fisher, *Stability, Disequilibrium Awareness and the Perception of New Opportunities*, 1981, *Econometrica*, vol 49, pp 279-317, p 279.

¹¹⁵⁶ Takashi Negishi, *The Stability of a Competitive Economy : A Survey Article*, 1962, *Econometrica*, vol 30, pp 635-669, p 637

¹¹⁵⁷ Auparavant Scarf (Herbert Scarf, *Some Example of Global Instability of the Competitive Equilibrium*, 1960, *International Economic Review*, vol 1, pp 157-172) avait donné (comme le titre de son article l'indique) des exemples d'instabilité du processus de tâtonnement.

Certains auteurs ont montré qu'en supposant une hétérogénéité suffisante des agents, il était possible de contraindre la forme des fonctions de demande excédentaire et de retrouver la stabilité de l'équilibre¹¹⁵⁸. La justification et la détermination de l'hétérogénéité suffisante restent cependant problématique (et la mise en œuvre d'une telle approche suppose une quantité d'informations importante, alors que l'objectif de la « régulation » par les marchés est justement d'instaurer un processus décentralisé de coordination des agents). Par ailleurs, une telle considération laisse supposer que l'équilibre n'est atteint que si une hétérogénéité suffisante existe et donc que le système des marchés n'est « valable » qu'en raison de cette hétérogénéité (et seulement si celle-ci est suffisante).

Dès lors, « *il semble bien que ce soit la stabilité plutôt que l'instabilité qui constitue l'exception* »¹¹⁵⁹, du moins si nous souhaitons donner des fondements microéconomiques à la macroéconomie et que l'approche en termes de tâtonnement semble raisonnable (ce qui est loin d'être le cas).

Ce résultat a été prouvé dans le cadre idéal d'un temps purement fictif dans lequel l'incertitude (et donc la possibilité de l'apparition d'opportunités et la modification des préférences) n'a aucune place, les agents sont rationnels, la question de la production ne se pose pas, et le processus d'ajustement du prix n'a aucune influence sur la détermination de l'équilibre du système (puisque aucun échange ne se produit hors équilibre)¹¹⁶⁰ – dans ce cadre idéal, le processus retenu pour l'ajustement du prix peut avoir de l'influence pour l'atteinte d'un équilibre¹¹⁶¹ et une modification, même minime, du point de départ du processus peut avoir des conséquences importantes (atteinte de l'équilibre, gravitation autour de l'équilibre, voire même

¹¹⁵⁸ Par exemple Werner Hildenbrand, On the Law of Demand, 1983, *Econometrica*, vol 51, pp 997-1019 (il suffit de lire l'abstract pour s'en convaincre) ; Jean Michel Grandmont, Transformations of the Commodity Space, Behavioral Heterogeneity and the Aggregation Problem, 1992, *Journal of Economic Theory*, vol 57, pp 1-35

¹¹⁵⁹ Franklin Fisher, La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité, op cit, p 28.

¹¹⁶⁰ Au passage, notons que si l'équilibre est connu, le vecteur de prix est connu. Il semble donc paradoxal de ne pas réussir à atteindre l'équilibre (un processus intelligent avec une capacité d'adaptation devrait logiquement pouvoir atteindre ou favoriser l'atteinte de l'équilibre... même si la décentralisation du système marchand laisse en suspend la capacité de rationalité collective à apprendre et à évoluer). Au niveau « réel », l'équilibre (en fait les équilibres) n'est pas connu mais on souhaite connaître si l'efficacité peut être améliorée. Sauf à supposer que le système est toujours à l'équilibre (et donc que le réel est efficient par définition), rien ne permet de savoir si nous sommes ou non à l'équilibre ou simplement proche de l'équilibre. Si nous ajoutons que les équilibres varient sans cesse en raison du temps réel et non fictif, il est possible de s'interroger sur la pertinence du raisonnement fondé sur l'idée d'équilibre puisque celui-ci n'a de sens que dans le temps théorique. Ces points seront développés plus avant dans la suite de notre thèse.

¹¹⁶¹ Voir par exemple, Werner Hildenbrand et Alan Kirman, *Equilibrium Analysis*, op cit, par exemple pp 234-235.

déséquilibre et processus chaotiques¹¹⁶²). La seule question posée était relative à la capacité pour la flexibilité des prix à conduire à l'équilibre par un processus de tâtonnement (censé mimer les mécanismes du marché) et le résultat est pour le moins « déroutant » (ce résultat vaut d'ailleurs aussi pour la stabilité locale).

Ce type de modèle, même s'il permettait de conclure à la stabilité, ne semble pas être suffisamment descriptif¹¹⁶³, ou, en tout cas, pose de redoutables difficultés pour comprendre le système économique. Le modèle présuppose notamment que les agents économiques ne sont que des preneurs de prix alors que dans un marché, logiquement, ils ont une influence sur les prix. Cette approche ne permet donc pas de comprendre comment un marché fonctionne et comment les ressources sont réallouées (mais est utile du point de vue méthodologique par sa simplicité, même si cette simplicité a des répercussions potentiellement néfastes sur l'approche des phénomènes économiques). Ce modèle ne permet pas de comprendre les « grandeurs économiques » et l'origine de la « valeur ». Par ailleurs, en se fondant sur les demandes nettes, le modèle suppose la capacité à centraliser une quantité très importante d'informations.

b. L'instabilité et les modèles de « non tâtonnement »

Les économistes n'en sont pas restés aux modèles de tâtonnement et ont construit des modèles dans lesquels des échanges pouvaient survenir même hors équilibre¹¹⁶⁴. En un sens, il s'agissait de trouver une nouvelle solution permettant de « sauver » la théorie de l'équilibre général (le problème ne provient pas de la théorie mais du processus d'ajustement retenu)¹¹⁶⁵. Les résultats obtenus en matière de non tâtonnement tendent à assurer une plus grande stabilité de l'équilibre mais ne sont pas exempts de toute critique.

¹¹⁶² Notons que si l'équilibre n'était pas atteint mais qu'il existait une gravitation autour de l'équilibre et que deux politiques conduisaient à des gravitations différentes (les champs étant disjoints, même si dans un tel cas les outils statistiques pourraient être utilisés), il serait éventuellement possible de retrouver des comparaisons (et la statique comparative), le raisonnement ne se faisant plus à partir de points mais à partir de tâches. Sur les processus chaotiques en matière de tâtonnement, voir par exemple, Jacob Goeree, Cars Hommes, et Clauss Weddepohl, Stability and Complex Dynamics in a Discrete Tâtonnement Model, 1998, *Journal of Economics, Behavior and Organization*, vol 33, pp 395-410.

¹¹⁶³ Voir par exemple Franklin Fisher, On price Adjustment without an Auctioneer, 1972, *Review of Economic Studies*, vol 39, pp 1-15, spécialement p 1.

¹¹⁶⁴ Franklin Fisher, La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité, op cit, p 30 préfère l'idée de processus de marchandage au processus de non tâtonnement. L'article présente aussi de façon tout à fait abordable par un non spécialiste les principaux résultats de cette branche de recherche.

¹¹⁶⁵ Nous pourrions constater que ces modèles conduisent aussi à modifier la compréhension du fonctionnement du marché et à justifier différemment les politiques visant le rétablissement de la concurrence.

Plus généralement, « *There does not yet exist a convincing demonstration that a decentralized economy will rapidly converge to its walrasian equilibrium after being shocked. The stability of an economy without institutional impediments to price flexibility in the face of demand shocks is an assumption, not a conclusion of economic analysis* »¹¹⁶⁶. Les recommandations économiques peuvent alors davantage résulter d'une « religion » que d'une science.

Les modèles de « non tâtonnement » recouvrent deux hypothèses : celle où le « commissaire priseur » n'a pas disparu et celle où il est absent. Bien évidemment, l'abandon du commissaire priseur conduit à une plus grande complexité d'analyse (ce qui explique que les recherches dans ce domaine soient peu nombreuses et très largement en dehors du cadre de l'économie néoclassique) et à se situer en dehors du cadre du modèle de l'équilibre général puisque les individus ne sont plus des preneurs de prix.

Les modèles de non tâtonnement « classiques » correspondent à ce qui a été appelé les processus à la Edgeworth¹¹⁶⁷ et les processus à la Hahn¹¹⁶⁸ (dans ces deux modèles, la question de la production et de la consommation n'est pas envisagée, les économies représentées sont des économies d'échanges). Nous n'entrerons pas ici dans le détail de ces mécanismes, nous souhaitons uniquement en présenter la logique¹¹⁶⁹.

Les processus à la Edgeworth semblent relativement raisonnables (du moins pour la première partie de l'analyse) : les individus échangent uniquement lorsque leur utilité augmente (sauf cas de spéculation¹¹⁷⁰). Autrement dit, l'utilité de chaque individu croît au fur et à mesure du processus et il sera assez aisé de prouver une convergence. Dans ce modèle, l'hypothèse la plus forte est l'hypothèse de transparence, c'est-à-dire que les individus n'augmentent pas leur « richesse » au fur et à mesure du processus puisque « *l'échange est réputé porter sur des biens d'égale valeur* »¹¹⁷¹. De

¹¹⁶⁶ J Bradford De Long et Lawrence Summers, Is Increased Price Flexibility Stabilizing ?, 1986, *American Economic Review*, vol 76, pp 1031-1044, p 1043

¹¹⁶⁷ Ce processus n'a cependant pas été mis en évidence et proposé par Edgeworth mais par Uzawa (Takashi Negishi, The Stability of a Competitive Economy : A Survey Article, op cit, p 660)

¹¹⁶⁸ Par exemple Frank Hahn et Takashi Negishi, A Theorem on Non-Tâtonnement Stability, 1962, *Econometrica*, vol 30, pp 463-469.

¹¹⁶⁹ Pour plus de détails, voir Takashi Negishi, The Stability of a Competitive Economy : A Survey Article, op cit ou encore Franklin Fisher, La Formation des Grandeurs Economiques, Déséquilibres et Instabilité, op cit

¹¹⁷⁰ Puisque spéculer c'est acquérir un bien car on pense que le prix de celui-ci va augmenter, autrement dit, le bien est supposé pouvoir être utilisé dans le futur pour augmenter son utilité mais ne l'augmente pas réellement à l'instant où « l'achat » est réalisé. En fait, ces modèles n'introduisent pas véritablement la question de la monnaie qui, justement, n'est pas souhaitée pour elle-même mais pour ce qu'elle peut réaliser.

¹¹⁷¹ Franklin Fisher, La Formation des Grandeurs Economiques, Déséquilibres et Instabilité, op cit, p 33

même, la question de la production et de la consommation hors équilibre n'est toujours pas analysée. L'idée que l'échange conduise à augmenter l'utilité est certainement un point à partir duquel l'économie peut se comprendre surtout s'il est couplé avec l'idée d'apprentissage des agents (puisque dans ce type de processus, il existe une certaine myopie des agents). Néanmoins, l'absence de spéculateurs et des anticipations rendent le modèle relativement idéal. La rationalité « classique » ne semble pas non plus être adaptée puisque les individus devraient plutôt se comporter de façon stratégique.

Les processus à la Hahn sont un peu plus complexes mais connaissent, eux aussi des difficultés. « *La principale hypothèse des processus « à la Hahn » est que les marchés sont bien ordonnés, ou « efficients » en ce sens qu'après échange il ne peut y avoir, pour la même marchandise, des offreurs et des demandeurs insatisfaits* »¹¹⁷². Les individus effectuent donc des échanges hors équilibre et si un individu est en excès de demande pour un bien, il existe une demande nette globale pour ce bien. Dès lors, les prix augmentent ce qui diminue l'utilité relative des individus qui sont toujours demandeurs (par rapport à l'utilité espérée si l'échange se réalisait aux prix courants). Comme le précise Negishi, la règle est en fait celle du premier arrivé, premier servi¹¹⁷³. Ce processus est lui aussi censé conduire à un équilibre et pose la question de l'introduction de la monnaie (puisque'il est tout à fait possible, dans une économie de troc que les marchés ne soient pas efficients en raison de l'absence d'un moyen de transaction « universel »).

Si le commissaire priseur disparaît, que la production et la consommation¹¹⁷⁴ sont prises en compte, les modèles peuvent être quasiment infinis et les processus se complexifient rapidement. En effet, il sera possible de tenir compte des anticipations des agents, de l'évolution des préférences liées à la consommation ou à la production, etc... La notion d'efficacité tend à se dissoudre rapidement lorsque la dynamique du système est réellement prise en compte.

Même si ces problèmes sont connus des économistes, ils ne sont pas souvent pris en compte dans les « recommandations »¹¹⁷⁵ faites. Ces questions ne sont d'ailleurs pas traitées dans les ouvrages d'analyse économique du droit (et souvent aussi dans les ouvrages de macroéconomie),

¹¹⁷² Franklin Fisher, *La Formation des Grandeurs Economiques, Déséquilibres et Instabilité*, op cit, p 37

¹¹⁷³ Negishi, *The Stability of a Competitive Economy : A Survey Article*, op cit, p 664

¹¹⁷⁴ Ajouter ces données nous plonge dans une véritable logique dynamique dans la mesure où l'environnement va changer et où les préférences des individus vont se déformer avec la consommation.

¹¹⁷⁵ Comme le fait remarquer Kirman, le modèle d'équilibre général est à l'origine explicitement ou implicitement de la plupart des modèles économiques modernes (Alan Kirman, *General Equilibrium*, op cit, p 52).

et bien souvent la notion de flexibilité des prix se réfère à un équilibrage instantané des marchés permettant de contourner le problème¹¹⁷⁶. Les mécanismes du marché se révèlent rapidement extrêmement complexes et résistant à une mathématisation ou à une réinterprétation dans le cadre de l'économie classique et de la rationalité paramétrique néoclassique. Afin de pallier ces difficultés, les raisonnements sont effectués soit en supposant que l'économie globale se comporte comme un agent, soit via le raisonnement en équilibre partiel (particulièrement utilisé en analyse économique du droit), toutes choses égales par ailleurs (donc on doit supposer, notamment, que les marchés ne sont pas tous interdépendants), soit encore en supposant que l'économie est toujours à l'équilibre (et donc que le réel est parfaitement rationnel et efficient).

Si on ajoute au schéma, la théorie de l'optimum de second rang, oubliée volontairement pour certains¹¹⁷⁷, le rétablissement de l'équilibre sur un marché particulier peut, tout en augmentant l'efficacité sur ce marché, se révéler destructeur en terme d'efficacité en prenant l'économie dans son ensemble (ou, si le marché connaît plusieurs « défaillances », la résolution d'une de celles-ci n'est pas certaine d'améliorer l'efficacité). Ceci oblige donc à découpler l'efficacité sur un marché et l'efficacité résultant de l'ensemble des marchés (voire l'efficacité résultant d'un sous-ensemble du marché). En transposant cette idée au droit, améliorer l'efficacité d'une règle juridique ou d'un sous-ensemble de règles juridiques peut être destructeur d'efficacité en ce qui concerne le système juridique global. Ceci ne signifie pas pour autant que la logique des marchés et la logique économique traditionnelle doivent être purement et simplement abandonnées mais que les résultats tirés de ce type d'analyse sont tout à fait spécifiques. Blaug va même encore plus loin : « *I think that we may safely conclude that the First and the Second Fundamental Theorems of welfare economics are just mental exercises without the slightest possibility of ever being practically relevant* »¹¹⁷⁸.

B. Le problème de la dépendance par rapport au chemin

Dans la précédente sous partie, nous avons évoqué les difficultés pour l'axiomatique économique d'établir la stabilité de l'équilibre. Nous ne nous sommes cependant pas étendu sur la question de l'ordre des transactions et sur leur résultante en termes d'efficacité (même si nous avons indiqué

¹¹⁷⁶ Voir par exemple Bernard Guerrien, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Équilibre Général*, op cit, p 205. Nous avons décidé de ne pas traiter ici la question des modèles de déséquilibre « véritable » ou celle des équilibres non walrasien. Comme nous le verrons, il nous semble que la logique de la concurrence ne doit pas se rechercher pour l'efficacité de son résultat mais pour « l'efficacité » de son processus.

¹¹⁷⁷ Voir par exemple Mark Blaug, *Is Competition Such a Good Thing ? Static Efficiency Versus Dynamic Efficiency*, 2001, *Review of Industrial Organization*, vol 19, pp 37-48, spécialement p 40.

¹¹⁷⁸ Mark Blaug, *Is Competition Such a Good Thing ? Static Efficiency Versus Dynamic Efficiency*, op cit, p 44

la possible existence des processus chaotiques). Le problème type pour lequel nous souhaitons donner quelques éléments est le suivant : supposons que nous ayons deux options et l'une est, ex ante, plus efficiente que l'autre, la première sera-t-elle celle retenue par le processus dynamique¹¹⁷⁹ ? Plus globalement, si le point de départ n'est pas le même (sans pour autant que l'analyse statique soit modifiée), est-ce-que le point d'arrivée sera identique ? Est-ce-que l'histoire du système compte et, si oui, jusqu'à quel point ?

Ce type de question est particulièrement important pour l'analyse économique du droit (mais également pour la théorie économique¹¹⁸⁰, et la signification des résultats de l'analyse économique). Le phénomène de dépendance par rapport au chemin peut par exemple donner des indications sur l'origine de la diversité des systèmes juridiques (sans nécessairement invoquer la question de l'efficience ou pouvoir les comparer), ou sur l'émergence de règles à l'intérieur d'un système. Il peut aussi expliquer pourquoi des politiques semblables peuvent avoir des effets différents selon les pays (en raison, notamment, de l'histoire du système) ou encore pourquoi l'ajout une règle juridique puis son retrait ne permet pas toujours de revenir à l'état initial.

Nous n'apporterons pas ici des réponses exhaustives, nous expliciterons simplement la logique et les concepts de base permettant d'analyser ce type de question dans le cadre de l'analyse économique (même si un certain nombre d'outils ne relève pas de l'analyse économique néoclassique). Nous présenterons tout d'abord la conception générale d'ergodicité des systèmes dynamiques (1). Nous reviendrons ensuite sur certains concepts permettant d'appréhender la dynamique des systèmes et d'étoffer l'approche en termes d'ergodicité et de dépendance par rapport au chemin (2).

1. Ergodicité et dépendance par rapport au chemin des systèmes dynamiques

La dépendance par rapport au chemin signifie que l'histoire du système compte et qu'il est insuffisant de connaître la situation actuelle (entendue comme point et non comme incluant l'ensemble des informations passées) pour connaître la situation future. Ce concept remet en cause l'a-historicité de l'analyse économique (a) qui se focalise plus sur les « états » que sur les « processus ». Ce concept a besoin d'être précisé s'il doit avoir une portée analytique (b).

¹¹⁷⁹ Nous reviendrons plus amplement sur cette dernière question lorsque nous nous intéresserons plus spécifiquement à la sélection des règles juridiques. En effet, comme nous le verrons, il existe une tendance à l'optimisme qui veut que la règle sélectionnée par le processus d'évolution soit aussi la règle efficiente. Cependant, il est nécessaire de distinguer l'efficience de l'adaptabilité.

¹¹⁸⁰ L'ergodicité est ainsi présentée comme un postulat de la théorie néoclassique sur laquelle les économistes néokeynésiens reviennent (Jean Cartelier, *L'Economie de Keynes*, 1995, De Boeck Université, Bruxelles, 141 pages, p 118).

Nous présenterons ici le concept de dépendance par rapport au chemin, sans nous intéresser précisément à ses causes ou à ses conséquences (ce que nous ferons dans la prochaine sous partie).

a. La logique de la dépendance par rapport au chemin : l'économie ne peut pas toujours être a-historique

Le concept de dépendance par rapport au chemin (*path dependence*) a été popularisé à la fin des années 1980, en économie, par Brian Arthur¹¹⁸¹ et, dans une moindre mesure par Paul David¹¹⁸². Ce concept vise à caractériser la dynamique de certains systèmes : lorsque leur évolution ne peut être saisie qu'au regard de l'histoire de ces systèmes, il existe une dépendance par rapport au chemin. Sous un aspect non technique, il signifie simplement que l'histoire compte, que « *where we go next depends not only on where we are now, but also upon where we have been* »¹¹⁸³, que les événements d'un processus peuvent altérer le cours de l'histoire (parfois de façon dramatique). Ce phénomène est bien connu en biologie¹¹⁸⁴, en physique¹¹⁸⁵ ou en chimie¹¹⁸⁶. Il a fait depuis peu son apparition

¹¹⁸¹ Brian Arthur, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event, 1989, *The Economic Journal*, vol 99, pp 116-131 (cet article reste, à notre connaissance, le plus cité dans les articles faisant référence à ce phénomène); voir aussi Brian Arthur, Yuri Ermoliev et Yuri Kaniovski, Path Dependent Processes and the Emergence of Macrostructure, 1987, *European Journal of Operational Research*, vol 30, pp 294-303; Brian Arthur, Positive Feedback in the Economy, 1990, *Scientific American*, vol 262, pp 92-99. Ces articles sont repris dans un ouvrage regroupant un ensemble d'articles de l'auteur: Brian Arthur, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, 1994, University of Michigan Press, Ann Arbor, 224 pages

¹¹⁸² Dans une moindre mesure en termes de popularité, Paul David reste cependant, avec Brian Arthur l'un de ceux qui se sont le plus penchés sur ces difficultés. Parmi ses articles, on pourra se référer plus spécifiquement à Paul David, Clio and the Economics of QWERTY, 1985, *American Economic Review*, vol 75, pp 332-337 (cet exemple canonique ne sera pas présenté ici. Il s'agissait d'analyser comment le clavier QWERTY est devenu le standard en matière de clavier); Paul David, Path Dependence, Its Critics and the Quest of 'Historical Economics', 1997, in Pierre Garrouste et Stavros Ioannides, *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas, Past and Present*, 2001, Edward Elgar Publishing, Northampton, 247 pages, pp 15-40; Paul David, Path Dependence : A Foundational Concept for Historical Social Science, 2007, *Cliometrica*, vol 1, pp 91-114 (ce dernier article renvoie à l'ensemble de son travail sur le sujet qu'il serait fastidieux de citer ici en totalité).

¹¹⁸³ Stan Liebowitz et Stephen Margolis, Path Dependence, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, volume 1, pp 981-998, p 981;

¹¹⁸⁴ Il suffit de penser à Jacques Monod, *Le Hasard et la Nécessité*, 1973, Seuil, Paris, 224 pages. L'auteur nous montre que des « accidents » (les mutations) deviennent par la suite nécessaires. En un sens, l'évolution des espèces peut être perçue comme un système de dépendance par rapport au chemin dans la mesure où chaque maillon de la branche détermine la possibilité du prochain maillon.

¹¹⁸⁵ Le concept est alors approché via l'idée d'ergodicité (nous reviendrons, dans le corps de notre thèse, sur la relation entre la dépendance par rapport au chemin et l'ergodicité d'un système) qui est apparue sous ce nom au début du XXe siècle en matière de mécanique statistique. Le rapport avec les concepts utilisés en physique est évident à la lecture de la préface de Brian Arthur, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, op cit, p xiv : « *What I was calling multiple equilibria, non-*

en analyse économique et en analyse économique du droit. Le concept a ainsi été utilisé pour expliquer la sélection des institutions¹¹⁸⁷, « *how the path of law shapes the law* »¹¹⁸⁸, ou encore pour critiquer l'idée de l'efficacité de la *common law*¹¹⁸⁹. Si l'ensemble des explications utilise l'idée de dépendance par rapport au chemin, les mécanismes ne sont pas les mêmes.

La biologie nous fournit un exemple clair de ce phénomène. Si une grenouille est plongée dans de l'eau à 100°C, elle sautera en dehors de la marmite. Par contre, si elle est plongée dans la marmite et que la température de l'eau augmente progressivement, arrivée à 100°C, la grenouille ne saute pas mais décède. Autrement dit, il n'est pas possible de connaître ce que fera une grenouille dans de l'eau à 100°C si nous ne connaissons pas l'histoire du système¹¹⁹⁰.

Sous un angle plus « juridique », imaginons un jeu de coordination pur. Lorsque ce type de jeu est répété, des conventions peuvent émerger et favoriser un équilibre. La convention est le résultat du processus et rien n'indique qu'une autre convention n'aurait pas pu être utilisée (l'exemple type est celui de la conduite à droite ou à gauche). L'idée de points saillants de Schelling suit cette idée, la répétition ferait naître des convergences dans les anticipations qui ne naîtraient qu'en raison de l'histoire. Dès lors, si deux sociétés rencontrent le même problème, rien n'indique qu'elles aboutiront à la même solution en sélectionnant le même équilibre.

Pareillement, dans un système où la force du précédent est reconnue, la décision juridique ne se fondera pas uniquement sur l'analyse de la situation mais aussi sur la jurisprudence antérieure. Un phénomène de dépendance par rapport au chemin est donc possible.

Affirmer que l'histoire compte peut sembler trivial et constitue une formulation trop large pour apporter un intérêt analytique suffisant (dans la mesure où de nombreuses confusions restent présentes). En un sens, le concept ne reste qu'une métaphore. Ceci a grandement contribué à obscurcir l'idée sous-jacente et à interdire l'accès de ce concept au rang des concepts de l'analyse

predictability, lock-in, inefficiency, historical dependence, and asymmetry, physicists were calling multiple meta-stable states, non-predictability, phase or mode locking, high-energy ground states, non-ergodicity, and symmetry breaking »

¹¹⁸⁶ Un exemple de dépendance par rapport au chemin a été donné par Hervé Thys lors d'une conférence sur la gastronomie moléculaire. Si on bat un œuf en omelette, il est impossible par un procédé inverse de faire en sorte qu'il retrouve son aspect originel. Cette idée de dépendance par rapport au chemin se rapproche de celle d'ergodicité.

¹¹⁸⁷ Par exemple, Douglas North, *Institutions*, 1991, *Journal of Economic Perspectives*, vol 5, pp 97-112

¹¹⁸⁸ Par exemple, Oona Hathaway, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, 2001, *Iowa Law Review*, vol 86, pp 601-665, p 604

¹¹⁸⁹ Par exemple, Adam Hirsch, *Evolutionary Theories of Common Law Efficiency: Reasons for (Cognitive) Skepticism*, 2005, *Florida State University Law Review*, vol 32, pp 425-441

¹¹⁹⁰ Sauf bien sûr si la grenouille meurt avant les 100°C.

économique traditionnelle (et donc de l'analyse économique du droit). Les auteurs ne s'accordent d'ailleurs toujours pas sur la réelle portée du concept même si l'idée générale est relativement bien acceptée (sans être particulièrement bien saisie)¹¹⁹¹.

L'économie néoclassique – et l'économie du bien-être en général – reste ancrée dans une conception statique de l'économie ou dans une conception dans laquelle il n'existe pas de dépendance par rapport au chemin. Si les économistes commencent à s'intéresser au concept, c'est uniquement en relation avec les notions de défaillance du marché et d'inefficience (les positions avancées sont d'ailleurs trop tranchées ou visent à minimiser l'influence de la dépendance par rapport au chemin¹¹⁹²). Comme le fait remarquer Paul David, « *In its most elementary formulations, neoclassical theory encouraged economists to explain whatever patterns of resource allocation were observed by supposing each had emerged as a unique resultant of a particular set of given conditions* »¹¹⁹³. En tout état de cause – sauf peut-être pour des raisons strictement méthodologiques (peu assumées) – ne pas tenir compte de la possibilité de tels phénomènes réduit leur compréhension et par un mouvement réflexif peut même avoir des effets en termes de dépendance par rapport au chemin (puisque justement certaines branches ne sont pas explorées¹¹⁹⁴).

Si le processus est susceptible d'avoir une influence sur les préférences des individus (sur leurs incitations), sur la recherche et l'adoption de technologies (et l'innovation en général), voire même sur la configuration des institutions, autrement dit si le passé a une influence sur le futur, le raisonnement économique classique montre vite ses limites. L'apprentissage, l'innovation ou l'idée d'ordre spontané entrent difficilement dans le cadre de l'analyse économique traditionnelle (puisque, par définition, il existe une résistance à la formalisation). La prise en compte de ces composantes d'une efficience au sens dynamique (qui vise plus le processus) conduit à l'adoption de recommandations d'un type très différent comme nous aurons l'occasion de le constater.

De même, si les résultats d'une politique ne dépendent pas uniquement de l'état actuel d'un système (des paramètres économiques identifiés à l'instant t) mais aussi de son passé, les prescriptions économiques n'auront pas nécessairement les mêmes impacts si elles sont mises en

¹¹⁹¹ Paul David, Path Dependence, Its Critics and the Quest of 'Historical Economics', op cit, n'est qu'une réponse à Stan Liebowitz et Stephen Margolis, Path Dependence, Lock-In, and History, 1995, *Journal of Law, Economics & Organizations*, vol 11, pp 205-226.

¹¹⁹² Stan Liebowitz et Stephen Margolis, Path Dependence, Lock-In, and History, op cit

¹¹⁹³ Paul David, Path Dependence: A Foundational Concept for Historical Social Science, op cit, p 93

¹¹⁹⁴ Or l'exploration de ces branches pourrait entraîner des gains en termes d'efficience à long terme même si a priori ces branches apparaissent inefficentes par rapport à d'autres.

œuvre dans deux pays différents à l'instant t . L'idée de dépendance par rapport au chemin inclut l'idée d'irréversibilité : mener une politique puis la supprimer ne ramène pas nécessairement, si le processus n'est pas ergodique, à la situation initiale.

L'idée de dépendance par rapport au chemin est avant tout une recommandation visant à ne pas négliger la dimension systémique, absente de la plupart des raisonnements économiques. Cette prise en compte modifie généralement les recommandations et les politiques envisagées et envisageables.

b. Typologie et difficultés de l'approche en termes de dépendance par rapport au chemin

Afin de permettre une utilisation plus « analytique » du concept de dépendance par rapport au chemin, notamment pour nous intéresser à son impact sur l'efficacité des systèmes, il est nécessaire de préciser la signification de l'idée générale de l'importance de l'histoire et les difficultés théoriques rencontrées par chacun des types de dépendance identifiés.

Avant d'identifier ceux-ci, il convient de revenir sur la distinction à faire entre la dépendance par rapport au chemin et les concepts proches (voire similaires).

La non ergodicité d'un système dynamique est souvent présentée comme un synonyme de l'idée de dépendance par rapport au chemin¹¹⁹⁵ : « *path dependence may now be defined in negative terms as the property of systems whose dynamics are "non-ergodic"* »¹¹⁹⁶. L'ergodicité est cependant un concept plus « marqué », plus technique, que l'idée de dépendance par rapport au chemin – la distinction vise plus une nuance en ce qui concerne l'idée – et plus complexe à définir dans la mesure où les auteurs, en économie, emploient le mot de différentes façons (et extrapolent le concept physique). L'axiome d'ergodicité proposé par Samuelson apparaît central du point de vue épistémologique et constitue même pour certains, une condition de scientificité de l'économie.

Au sens physique, l'ergodicité vise à caractériser un système dynamique stochastique ayant la propriété d'avoir une égalité entre la moyenne spatiale (si on s'intéresse au système à un moment donné) et la moyenne temporelle¹¹⁹⁷ (si on s'intéresse à un élément du système et à son

¹¹⁹⁵ Par exemple, Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event*, op cit, p 118

¹¹⁹⁶ Paul David, *Path Dependence: A Foundational Concept for Historical Social Science*, op cit, p 98

¹¹⁹⁷ Voir par exemple, Jean Cartelier, *L'Economie de Keynes*, op cit, p 118 ; Michael Szenberg, Lam Ramrattan et Aaron Gottesman (éditeurs), *Samuelsonian Economics in the Twenty First Century*, 2006, Oxford University Press, Oxford, 380 pages, p 185. Pour plus de détails et un traitement mathématique de l'hypothèse, voir Karl Petersen, *Ergodic Theory (Cambridge Studies in Advance*

comportement moyen « à la limite », lorsque la période tend vers l'infini). Ce concept a été reformulé par des économistes qui en tirent un certain nombre de corollaires.

L'ergodicité d'un système, dans une première acception, signifie que « *we can specify long term average behavior independently of the initial conditions* »¹¹⁹⁸. Le système peut donc – en insistant plus sur la seconde partie de l'affirmation – s'affranchir de ses conditions initiales ou des états dans lesquels il s'est trouvé ; sa dynamique n'est pas conditionnée par ses conditions initiales (à l'exception de son cadre général). Sous un angle économique, si quelle que soit la séquence d'échange, l'équilibre défini par les « fondamentaux » est atteint, le système est ergodique.

Dans une perspective légèrement différente (et déjà peut-être un peu trop spécifiée), « *a dynamic system is assumed to have a particular property called « ergodicity », meaning that, given any two possible strategy compositions for the population, there is always some chance, however minuscule, that the system could go from one composition to the other* »¹¹⁹⁹. L'histoire du système ne contraint pas les états que le système pourra atteindre par la suite. La probabilité de non récurrence de n'importe quel état possible est de zéro¹²⁰⁰ (il existe donc la possibilité d'une réversibilité). Le passé peut même instruire sur l'avenir et celui-ci devient déterminable en termes de probabilités : « *consequently, if the ergodic axiom is applicable, statistics calculated from either past time series or cross sectional data are statistically reliable estimates of the space statistics that will occur at any future date* »¹²⁰¹. Un système est ergodique s'il n'engendre pas d'irréversibilité : le système ne se ferme aucune porte et peut visiter (et visitera si le processus est suffisamment long) l'ensemble de ses états possibles avec une certaine régularité statistique (cette prédiction n'est analytiquement pertinente que si les états sont finis et peu nombreux sans quoi le temps mis par le système pour rejoindre les différents états peut être extrêmement long).

Mathematics), 1990, Cambridge University Press, Cambridge, 344 pages, p 42 (ce dernier ouvrage explicite aussi l'origine de l'hypothèse ergodique en physique).

¹¹⁹⁸ Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, p 411

¹¹⁹⁹ Paul Mahoney et Chris Sanchirico, *Competing Norms and Social Evolution : Is the Fittest Norm Efficient ?*, 2001, *University of Pennsylvania Law Review*, vol 149, pp 2027-2062, p 2045. Cette dernière définition est plus proche du concept utilisé en physique : « *In physics, ergodic systems are said to be « connected », precisely because it is possible for them to transit directly or indirectly between any arbitrary chosen pair of states, and hence for the process eventually to re-visit all the states compatible with the energy of the system* » (Paul David, *Path Dependence: A Foundational Concept for Historical Social Science*, op cit, pp 97-98). L'idée d'équivalence entre la moyenne spatiale et la moyenne temporelle est aussi utilisée, même si quelques précisions sont nécessaires : par exemple, lancer plusieurs dés une fois ou lancer un dé plusieurs fois ne modifie pas la distribution de probabilité relative au résultat.

¹²⁰⁰ Paul David, *Path Dependence: A Foundational Concept for Historical Social Science*, op cit, p 97.

¹²⁰¹ Michael Szenberg, Lam Ramrattan et Aaron Gottesman (éditeurs), *Samuelsonian Economics in the Twenty First Century*, op cit, p 185

Prouver la non ergodicité est extrêmement délicat puisque cela implique de prouver que certains états possibles ne peuvent jamais être atteints (ce qui suppose la connaissance de l'ensemble des états possibles alors qu'il n'est pas impossible que la non ergodicité existe justement car elle empêche de penser certains phénomènes). Notons que si l'histoire est entendue au sens plein du terme, comme impliquant une « modification » et une incertitude, alors aucune situation ne peut être semblable (si le temps est compris comme temps théorique par contre, rien ne change et l'ergodicité peut être retrouvée). Dans un monde ergodique, il est possible de réutiliser ce qui a marché dans le passé, dans un monde non ergodique, ceci est moins justifié car les situations ne sont pas identiques. L'efficacité est donc un concept a-historique dans un monde ergodique mais si l'histoire est prise en compte l'efficacité redevient un concept purement relatif (car déterminé, lorsque cela est possible, uniquement en relation avec une situation « stationnaire »).

L'ergodicité recouvre aussi une autre idée. Un processus est ergodique, sous un angle plus économique, « *if different sequences of historical events lead to the same market outcome with probability one* »¹²⁰². Ainsi, si nous admettons l'hypothèse de substituabilité brute, d'ergodicité et un tâtonnement, l'économie, sur le long terme, rejoindra son équilibre walrasien (quel que soit le vecteur de prix initial). Les actions des hommes ou du gouvernement peuvent ralentir le processus mais sans une modification des « fondamentaux » déterminant l'équilibre walrasien, elles n'auront aucun impact à long terme, si l'axiome d'ergodicité est valable¹²⁰³.

La dépendance par rapport au chemin vise l'influence du processus pour la détermination de l'état final (il serait plus exact de raisonner en termes de limites) du système. Si en partant de points différents, il n'existe pas une tendance vers un même équilibre, le système n'est pas ergodique (puisque'il existe des irréversibilités). L'assimilation entre dépendance par rapport au chemin et non ergodicité est ici justifiée. Si nous nous intéressons aux états « transitoires », nous étendons la notion de dépendance par rapport au chemin et l'assimilation avec l'idée d'ergodicité devient plus délicate. Du point de vue de l'efficacité, même si le système est ergodique et qu'il

¹²⁰² Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event*, op cit, p 118. S'il existe une dépendance par rapport au chemin (une non ergodicité ; une absence de réversibilité), il n'est pas possible qu'il existe un seul équilibre. Le fait qu'il existe un seul équilibre signifie donc qu'il n'existe pas une dépendance par rapport au chemin (au sens de dépendance de l'équilibre). Le lien entre l'idée de probabilité et l'idée d'équilibre unique est reprise par Paul David, *Path Dependence and the Quest for Historical Economics, One More Chorus of the Ballad of QWERTY*, 20 novembre 1997, *Discussion Papers in Economic and Social History*, University of Oxford, 48 pages, p 13 : « *path independent processes, may be said to include those whose dynamics guarantee convergence to a unique, globally stable equilibrium configuration ; or, in the case of stochastic systems, those for which there exists an invariant (stationary) asymptotic probability distribution that is continuous over the entire feasible space of outcomes* ».

¹²⁰³ Ce point est signalé par Michael Szenberg, Lam Ramrattan et Aaron Gottesman (éditeurs), *Samuelsonian Economics in the Twenty First Century*, op cit, pp 185-186

tend *in fine* vers une situation efficiente (postulat qui relève plus de l'ontologie que de l'épistémologie), il est intéressant d'étudier certaines séquences de l'évolution (sous-ensembles du processus global).

Sous un angle encore plus abstrait, l'ergodicité renvoie à une stabilité dans la structure du monde¹²⁰⁴. Comme le monde peut se répéter (ou plus précisément certains de ses états), au moins partiellement, il existe un savoir possible (il existe au sein du monde, la possibilité de systèmes ergodiques) : le passé peut éclairer le futur ; le futur n'est dès lors jamais « incertain » (au sens technique du terme) et peut être déterminé ou au moins partiellement déterminable. Comme il ne se répète jamais parfaitement (puisqu'il est inscrit dans un temps « véritable »), ce savoir ne peut pas être parfait (l'ensemble des systèmes dynamiques du monde ne sont pas tous ergodiques ; ce qui entraîne des conséquences épistémologiques qui ne sont pas négligeables puisque l'incertitude concernant le futur revient dans l'analyse)¹²⁰⁵. Samuelson est l'un des premiers à mentionner l'hypothèse ergodique. Il la considère comme centrale pour l'approche traditionnelle en économie : « *Finally, there was an even more interesting third assumption implicit and explicit in the classical mind. It was a belief in unique long-run equilibrium independent of initial conditions. I shall call it the "ergodic hypothesis" by analogy to the use of this term in statistical mechanics. Remember that the classical economists were fatalists (a synonym for "believers in equilibrium"!)* »¹²⁰⁶.

La dépendance par rapport au chemin doit être distinguée de la sensibilité aux conditions initiales¹²⁰⁷. L'idée de dépendance par rapport au chemin vise les systèmes stochastiques et non les systèmes déterministes. La sensibilité par rapport aux conditions initiales est importée de la théorie du chaos qui vise des systèmes déterministes et non stochastiques (qui incluent de l'aléatoire ; le passé n'a une influence que probabilisable et non déterministe : il influe sur le futur mais ne le détermine pas). La sensibilité par rapport aux conditions initiales signifie qu'une légère

¹²⁰⁴ Cette conception se retrouve par exemple chez Douglas North, *Dealing With a Non Ergodic World : Institutional Economics, Property Rights, and the Global Environment*, 1999, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol 10, pp 1-12, spécialement p 2: « *If I say the world is ergodic, I mean that it has a stable structure, so that we can develop theory that can be applied time after time, consistently* ».

¹²⁰⁵ Des considérations similaires se retrouvent chez Hayek. Par exemple, Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit, pp 111-112: « *for the older view which justly contrasted the specific task of the historian with that of the scientist and which denied the possibility of a theoretical science of history, and the later view which, on the contrary, affirms that history is the only road which can lead to a theoretical science of social phenomena* »

¹²⁰⁶ Paul Samuelson, *What Classical and Neoclassical Monetary Theory Really Was*, 1968, *Canadian Journal of Economics*, vol 1, pp 1-15, pp 11-12

¹²⁰⁷ Certains auteurs confondent les deux concepts... ou ont une conception plus large (peut être un peu trop) de la dépendance par rapport au chemin. Par exemple, Stan Liebowitz et Stephen Margolis, *Path Dependence, Lock-In, and History*, op cit ou encore Stan Liebowitz et Stephen Margolis, *Path Dependence*, op cit.

erreur dans l'identification peut avoir des conséquences importantes pour l'évolution du système. Il est possible d'inclure le concept de sensibilité par rapport aux conditions initiales dans l'idée générale selon laquelle l'histoire compte. Il est important, analytiquement, de le distinguer de la dépendance par rapport au chemin.

Sous l'angle de l'efficacité, si un système présente une sensibilité par rapport aux conditions initiales, et même si la réaction des individus est déterministe, le choix d'une politique ne sera parfait que si toutes les conditions initiales sont connues précisément. Dans la dépendance par rapport au chemin, les conditions initiales vont avoir une influence sur l'état final mais ne vont pas le déterminer. Une fois de plus, l'effet d'une politique ne pourra pas être parfaitement connu.

Le concept général de dépendance par rapport au chemin renvoie à l'idée de non ergodicité de la dynamique : la dynamique d'interaction au sein du système économique joue alors un rôle essentiel. Le processus ou certaines étapes de celui-ci va avoir une influence importante sur l'équilibre ou la dynamique générale du système (sans pour autant le ou la déterminer).

Il est possible de distinguer différents sens du concept général de dépendance par rapport au chemin¹²⁰⁸. Un processus est parfaitement indépendant si le résultat obtenu à chaque période ne dépend pas des résultats obtenus lors des périodes précédentes (jeu de pile ou face par exemple). L'économie s'inscrivant dans l'histoire, la plupart des processus sont dépendants car chaque nouvelle étape est déterminée, au moins en partie, par l'étape précédente ou une série d'étapes précédentes. Le cas limite est celui dans lequel l'équilibre du système est lui-même dépendant d'une séquence historique.

L'existence d'une dépendance en ce qui concerne l'équilibre signifie certainement qu'un certain nombre d'états passés a permis la réalisation de cet équilibre : cet équilibre n'est pas engendré uniquement par les « fondamentaux » de l'économie (les mêmes fondamentaux sont dès lors susceptibles de conduire à différents équilibres si le processus inclut une dépendance par rapport au chemin¹²⁰⁹). Il pourrait être intéressant dans ce cas de savoir si l'ordre de survenance des différents états a eu une influence : l'équilibre obtenu est-il conditionné par la réunion de

¹²⁰⁸ Nous réutiliserons essentiellement, tout en ajoutant de nouvelles considérations, la typologie proposée par Scott Page, Path Dependence, 2006, *Quarterly Journal of Political Science*, vol 1, pp 87-115. L'article présente différents exemples concernant les différents concepts avancés. Nous ne les reproduisons pas ici.

¹²⁰⁹ Quelques intuitions (poussées) en matière de lien entre macro et micro dans un système ergodique et non ergodique sont avancées, par exemple par André Orléan, Contagion des Opinions et Fonctionnement des marchés financiers, 1992, *Revue Economique*, vol 43, pp 685-697, par exemple p 690.

différents états ou par une séquence bien particulière de ces différents états ? Un exemple nous est fourni par Page en matière juridique¹²¹⁰. Supposons qu'un juré doive décider de la culpabilité d'un accusé. Si sa décision ne tient compte que du nombre de jurés ayant décidé dans un sens ou dans l'autre, la séquence n'est pas importante. En revanche, la séquence comptera pour le juré, par exemple s'il accorde une importance toute particulière à une série, à l'ordre dans lequel les autres jurés se sont prononcés. Le processus exhibera alors une dépendance par rapport au chemin au sens fort. Notons que ce type de problème ne peut survenir que si la décision de chacun des jurés s'inscrit dans le temps et si les jurés prennent une décision « collective ». Comme nous le verrons dans la prochaine section, un phénomène de « cascade(s) » peut survenir et le processus pourra se montrer extrêmement sensible à la séquence. Un système dans lequel le précédent a une importance tiendra nécessairement compte de l'ordre de la séquence et non simplement d'une agrégation (il est inutile de savoir qu'historiquement dans un tel cas 100 décisions se sont prononcées dans un sens et 5 dans un autre ; il est plus pertinent de savoir si ces 5 décisions sont les 5 dernières décisions prises en la matière, ce qui matérialiserait un revirement de jurisprudence¹²¹¹). Identifier le type de dépendance par rapport au chemin permet donc des actions plus pertinentes visant à agir dans le monde.

La distinction entre une dépendance forte (l'ordre de la séquence compte) et une dépendance faible (seule l'agrégation de la séquence suffit) revient à savoir s'il est possible, théoriquement, de modifier la temporalité. En réduisant à néant le temps entre plusieurs séquences, l'ordre disparaît. Si cette réduction ne conduit à aucune modification, la dépendance ne sera que faible.

Il serait possible de raffiner les concepts en s'intéressant à l'instant clef. Par exemple, la dépendance est-elle plus importante relativement aux évènements lointains ou aux évènements récents ? Il n'est pas utile, pour notre propos, de détailler ces différents sous concepts¹²¹², nous souhaitons simplement présenter différents nouveaux outils permettant d'analyser une situation du point de vue de l'économie. Comme nous aurons l'occasion de le voir, ces outils conduisent à repenser l'idée de l'efficacité telle qu'elle est traditionnellement utilisée en économie et donc dans l'analyse économique du droit.

¹²¹⁰ Scott Page, Path Dependence, op cit, p 97. Le cas traditionnel est celui des processus à la Polya. Une urne comprend deux boules de couleurs différentes. A chaque tirage, on ajoute une boule dans l'urne de la couleur de celle qui vient d'être tirée. Si le processus tend vers l'infini, l'équilibre est déterminé uniquement par les étapes suivies lors du processus et ne peut pas être prédéterminé à l'avance. La présence d'équilibres multiples traduit l'existence d'une dépendance par rapport au chemin.

¹²¹¹ Ce dernier exemple permet de bien distinguer entre dépendance par rapport au chemin et sensibilité par rapport aux conditions initiales.

¹²¹² Pour plus de détails, se reporter à la bibliographie présentée.

L'idée de dépendance par rapport au chemin (de non ergodicité) traduit l'importance du passé pour les décisions présentes mais aussi la possibilité d'irréversibilité et l'incertitude face au futur (du moins en général). Elle oblige à sortir d'une approche a-historique dans laquelle se situe généralement l'analyse économique. Cette idée nous conduit aussi à repenser l'efficacité et les recommandations formulées par l'analyse économique et l'analyse économique du droit (il serait faux d'indiquer une relation de cause à effet entre dépendance par rapport au chemin et inefficacité). Elle réduit par exemple les prétentions à l'universalité d'une politique économique (sauf dans le cadre très abstrait des modèles qui ne sont pas historiques). De même, sortir de l'hypothèse ergodique nous fait entrer dans un monde dans lequel l'idée de convergence vers un équilibre (si le système est stationnaire) n'a plus qu'un intérêt minime puisque le monde change sans cesse et que l'équilibre n'est jamais atteint.

2. Concepts annexes à la dépendance par rapport au chemin : raisons et impact du phénomène

La dépendance par rapport au chemin vise à introduire l'histoire dans l'outillage de l'analyse économique (l'importance de cet outil relève, pour beaucoup, d'une question empirique). Un tel phénomène nous oblige à nous intéresser à ses causes (a) et à son impact (b). Il nous force aussi soit à enrichir le sens des concepts utilisés habituellement (par exemple les rendements croissants), soit à forger des concepts spécifiques (par exemple le phénomène d'hystérèse). Il sera possible de montrer, in fine, que la solution efficace n'est pas nécessairement celle qui sera retenue par le processus d'évolution.

a. Concepts relatifs aux causes de la dépendance par rapport au chemin

Les phénomènes de dépendance par rapport au chemin ont traditionnellement quatre origines (qui ne sont pas sans relations). Globalement, cette dépendance naît des interdépendances entre les choix des individus. Ces interdépendances sont à l'origine de la mise en œuvre d'une rationalité stratégique de la part des agents. Les différents phénomènes que nous présenterons sont susceptibles de conduire à une dépendance par rapport au chemin s'il existe des interdépendances suffisamment fortes entre les agents¹²¹³. La dépendance par rapport au chemin ne peut se produire qu'en cas d'irréversibilités, même de faible ampleur.

¹²¹³ Pour quelques exemples dans lesquels ces phénomènes ne conduisent pas à une dépendance par rapport au chemin, voir Scott Page, *Path Dependence*, op cit. Ces modèles se basent sur les processus à la Polya. Il indique ainsi, p 102 « *More generally, when someone finds evidence of increasing returns and positive feedbacks, whether it be with respect to technology or international institutions... this evidence*

La première cause identifiée est celle liée aux rendements croissants. Selon les termes de Brian Arthur, en matière de technologies, « *the more they [les technologies complexes] are adopted, the more experience is gained with them, and the more they are improved* »¹²¹⁴. Le modèle utilisé par l'auteur est relativement simple: soit deux technologies et deux types d'individus A et B. L'individu A a une tendance naturelle à préférer la première technologie et l'individu B a une tendance naturelle à préférer la seconde technologie. Supposons, qu'à l'intérêt de chaque individu à sélectionner une technologie plutôt qu'une autre, soit ajouté un intérêt lié au nombre d'individus ayant choisi l'une ou l'autre des technologies (nous supposons dans un premier temps que les gains liés à cet effet ne sont pas « bornés »)¹²¹⁵. Le choix d'un individu dépendra alors de sa tendance naturelle et du nombre d'individus ayant adopté l'une ou l'autre des technologies. Si chaque individu entre sur le marché de façon aléatoire, il est possible de montrer, qu'une seule technologie subsiste et que, passés certains seuils, tous les utilisateurs postérieurs adopteront la même technologie (il existe des attracteurs). Cette technologie n'est pas déterminable à l'avance et le choix de la technologie ne dépend en aucun cas de son « efficacité ».

Le processus à la Polya renvoie à l'idée de rendements croissants mais apparaît plus aléatoire que dans le cas de l'adoption de technologies puisque n'importe quel équilibre dans la répartition des deux technologies est possible (et qu'un équilibre est atteint)¹²¹⁶. Ce phénomène est évidemment non ergodique.

La deuxième cause identifiée est liée aux boucles de renforcement (*self reinforcement*). Ce phénomène se produit lorsque faire un choix ou une action incite à continuer à faire ce choix ou cette action, l'action ou le choix est dès lors « renforcé(e) » (sa probabilité d'occurrence est augmentée)¹²¹⁷; les probabilités d'effectuer la même action ou le même choix sont modifiées. Le phénomène général capturant l'idée de renforcement est celui de l'apprentissage. Si les critères

is not sufficient proof that multiple equilibria exist». L'existence d'équilibres multiples dépend néanmoins essentiellement de considérations plus ontologiques qu'épistémologiques en ce sens qu'il faudrait être capable d'identifier d'autres possibilités par un raisonnement contrefactuel. Nous n'aurons pas ici la possibilité de développer plus avant cette idée. Voir aussi Paul David, Path Dependence, A Foundational Concept for Historical Social Science, op cit, p 102 : « *no necessary connection exists between conventionally defined « increasing returns » and the phenomenon of path dependence* ».

¹²¹⁴ Brian Arthur, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event, op cit, p 116

¹²¹⁵ L'auteur envisage aussi le cas des rendements constants et des rendements décroissants. Les résultats sont bien évidemment différents du cas dans lequel les rendements sont croissants.

¹²¹⁶ Ceci a été démontré par Polya en 1931. Voir sur ce point, Brian Arthur, Path Dependent Processes and the Emergence of Macrostructure, op cit

¹²¹⁷ Dans l'article de Brian Arthur, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event, op cit, il est probable que la notion de rendements croissants soit aussi utilisée pour mentionner le cas des boucles de renforcement.

d'une bonne décision ne sont pas connus d'un individu et que celui-ci est noté après avoir effectué l'action ou le choix, il est fort probable qu'il développera une stratégie après un certain nombre d'essais aléatoires. Si cette stratégie « marche » (subjectivement), il ne sera pas incité à s'en écarter et à analyser d'autres possibilités d'action. Ce phénomène conduit donc à des irréversibilités car l'individu (ou le système global) apprendra de ses erreurs et certaines stratégies d'action(s) originelles pourront totalement disparaître. Il s'agit certainement d'une des raisons qui a conduit les économistes à modéliser la rationalité de l'agent sans intégrer l'idée d'apprentissage. L'histoire constitutionnelle française pourrait être lue à travers ces outils (en considérant que les constituants ont appris des erreurs passées tout en se fondant sur l'interprétation des erreurs en fonction des éléments qui leur étaient disponibles).

La troisième source de dépendance par rapport au chemin est liée à la création d'externalités positives « en retour » (*positive feedbacks*). Cette source est proche de celle des rendements croissants dans la mesure où le choix d'un individu va avoir un impact sur le choix des autres individus. Elle en diffère au niveau formel et au niveau abstrait car elle tient davantage compte des individus qui ont fait le choix antérieurement. « *Increasing returns can be thought of as benefits that rise smoothly as more people make a particular choice and positive feedbacks as little bonuses given to people who already made that choice or who will make that choice in the future* »¹²¹⁸.

La quatrième source est symétrique de la première (même si cette symétrie n'est pas parfaite). Les externalités négatives sont susceptibles d'engendrer un phénomène de dépendance par rapport au chemin. Par exemple, l'adoption du clavier QWERTY peut s'expliquer par l'externalité négative dont sont victimes les individus qui n'apprennent pas sur ce type de clavier (aux Etats-Unis tout du moins).

Dès lors qu'il existe des irréversibilités au niveau microéconomique, un phénomène de dépendance par rapport au chemin peut se produire. Dès lors qu'il existe des investissements ou des choix qui engagent pour une période suffisamment longue (choix de privilégier une technologie plutôt qu'une autre par exemple), ce type de phénomène est susceptible d'apparaître. Dès lors qu'il est impossible de « des-apprendre », l'apprentissage conduit à des irréversibilités de ce type. S'il est « coûteux » de changer de système, il existe des irréversibilités. Ces irréversibilités ne sont cependant pas suffisamment prises en compte par les économistes. L'histoire compte des embranchements ; elle n'est pas quelque chose de purement cyclique. L'a priori sur le concept d'histoire et de temporalité guide donc en partie l'analyse.

¹²¹⁸ Scott Page, Path Dependence, op cit, p 88

b. Concepts relatifs à l'impact de la dépendance par rapport au chemin

Le phénomène de dépendance par rapport au chemin a eu un certain impact en économie en raison du lien, souvent présumé, entre ce phénomène et l'inefficience. Avant d'examiner en détails cette question et de montrer qu'elle pose de redoutables problèmes, il est utile de revenir sur certains concepts utilisés par les économistes pour enrichir leur structure d'analyse.

Le premier concept est l'hystérèse (emprunté lui aussi aux sciences physiques). Il notifie qu'un choc temporaire a des effets permanents. L'un des secteurs privilégié pour ce type d'étude est le marché du travail. Blanchard et Summers expliquent ainsi qu'une des raisons du fort taux de chômage dans les années 1980 est liée à ce type de phénomène¹²¹⁹. Le concept d'hystérèse ne fait que traduire une irréversibilité : il n'est pas possible de revenir à un état antérieur simplement en prenant le chemin inverse de celui qui nous y a conduit¹²²⁰. Le passage aux 35 heures puis un retour à 39 heures ne conduira pas à une situation analogue à celle dans laquelle les 35 heures n'auraient jamais existé (même si le raisonnement contrefactuel n'est jamais une preuve en soi). Il est dès lors possible (mais non certain) que n'importe quelle décision « laisse des traces ».

Le phénomène de « *lock in* » (trappes) renvoie à l'idée qu'il est possible que le système se fasse piéger par un attracteur. Dans la compétition entre technologie du modèle de Arthur, passé certaines limites, l'ensemble des acteurs a intérêt à choisir la même technologie. La dynamique du système n'est alors pas suffisamment forte pour sortir le système de cet état. « *it is a vivid way to describe the entry of a system into a trapping region – the basin of attraction that surrounds a locally (or globally) stable equilibrium. When a dynamical economic system enters such a region, it cannot escape except through the intervention of some external force, or shock, that alters its configuration or transforms the underlying structural relationships among the agents* »¹²²¹.

Le lien entre l'inefficience et la dépendance par rapport au chemin est biaisé dans la mesure où les économistes qui ont utilisé le concept de dépendance par rapport au chemin ont « dramatisé » – potentiellement – ses effets en présentant des modèles dans lesquels les deux notions sont liées. Il importe de ne pas considérer que la dépendance par rapport au chemin a nécessairement des

¹²¹⁹ Par exemple, Olivier Blanchard et Lawrence Summers, Hysteresis and the European Unemployment Problem, 1986, *NBER Macroeconomics Annual*, vol 1, pp 15-78

¹²²⁰ Le phénomène n'est cependant pas irrévocable en ce sens que l'état initial peut être retrouvé en passant par un chemin différent.

¹²²¹ Paul David, Path Dependence and the Quest of Historical Economics : One More Chorus of the Ballad of QWERTY, op cit, p 34. Pour Page, ce concept renvoie plutôt à une source du phénomène.

effets sur l'efficacité¹²²² ou que cet effet n'est finalement que très réduit, voire même négligeable. Il est nécessaire de découpler les questions même s'il est vrai que, potentiellement, le phénomène de dépendance par rapport au chemin peut avoir des effets importants sur une politique se contentant de transposer un modèle économique classique.

Dans le cadre de la compétition technologique, il est possible que le phénomène de dépendance par rapport au chemin nous fasse préférer une technologie moins performante (on pourrait remplacer « technologie » par « système de droit ») : on évoque ainsi le standard du clavier QWERTY, les réacteurs pour les centrales électriques ou encore le standard en matière de cassettes vidéo (on pourrait ajouter, le standard en matière de DVD haute définition)¹²²³. Le problème est l'identification d'une telle situation. Comment savoir si, deux technologies ayant bénéficié des mêmes conditions, la technologie *in fine* choisie est inefficace ? Le raisonnement contrefactuel et le recours à l'expertise sont des échappatoires classiques et il est certain que la réponse doit se chercher dans un travail empirique. Néanmoins, sur le plan épistémologique, cela suppose que la technologie n'ait pas eu d'effets différents des effets de la technologie concurrente, on suppose que l'efficacité constitue un donné et non un construit. La dépendance par rapport au chemin met en évidence le caractère relatif et dans une certaine mesure subjectif du concept d'efficacité. L'efficacité étant analysée en fonction d'un état existant, rien n'indique que dans un autre état l'adjectif « efficace » soit adapté (nous retrouvons le problème purement définitionnel même si le passage au réel rend cette question plus intéressante).

Les causes classiques de dépendance par rapport au chemin sont généralement écartées des modèles néoclassiques et du modèle de l'équilibre général. Ces phénomènes sont susceptibles de produire des équilibres multiples qui ont chacun la propriété de Pareto optimalité (en soi, ceci ne pose pas de problème d'inefficacité puisque justement il existe une Pareto optimalité). L'introduction des externalités et de phénomènes du type « *learning by doing* » et rendements croissants qui ont un impact sur l'hypothèse de convexité des préférences¹²²⁴ peut même conduire à des problèmes de non existence en ce qui concerne l'équilibre général (et même partiel). Ce pouvoir n'est évidemment pas une nécessité mais a contribué à reléguer les phénomènes de dépendance par rapport au chemin au rang de concepts d'une économie hétérodoxe alors qu'ils incitaient simplement à repenser l'efficacité dans un cadre dynamique.

¹²²² Stan Liebowitz et Stephen Margolis, Path Dependence, op cit, p 984: « *The allegation of path dependence, as it addresses the workings of laissez faire markets, is that market choices can stick us on undesirable paths... Accordingly, for any allocation decision that might be susceptible to path dependence, we lose the usual presumption that individual choices lead to an optimal outcome* ».

¹²²³ Brian Arthur, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event, op cit

¹²²⁴ Sur ce point, voir Bernard Salanié, *Microeconomics of Market Failures*, op cit, par exemple p 109 et plus généralement chapitre 7.

§2. Quelle efficacité dans un cadre dynamique ? Efficacité et adaptabilité

L'analyse économique classique se construit principalement autour d'une conception statique du monde. Si rien ne change – traduction de la clause toutes choses égales par ailleurs¹²²⁵ – le système concurrentiel, sous des conditions particulières, est susceptible d'engendrer une allocation efficace des ressources rares. Ce résultat est central pour l'économie et pour l'analyse économique du droit dans la mesure où il constitue une norme de référence pour les recommandations économiques, même s'il fait trop rarement l'objet d'un examen critique.

Lorsque l'histoire et la dynamique sont prises en compte, une telle conception des choses semble trop simple et il apparaît nécessaire de dépasser le concept d'efficacité, de le transformer pour en faire un outil économique analytiquement pertinent. Cette transformation a évidemment un coût – pour certains prohibitif – dans la mesure où elle complexifie nécessairement les modèles et limite les capacités de prédiction et de qualification. Méthodologiquement il est possible que certaines formes de dynamiques soient exclues du cadre d'analyse pour en préserver la scientificité (au sens de déductions logiques). Cette conception de la scientificité est peut-être trop exigeante et ne permet pas de fonder, « scientifiquement », le choix d'exclure une approche dynamique comme non pertinente, surtout lorsque l'objet de cette « science » est d'aider à la prise de décision.

Nous chercherons ici à identifier la signification de l'efficacité dans un cadre dynamique ainsi que les conséquences de la mutation de sens ainsi opérée. Nous laisserons de côté certaines considérations purement méthodologiques dont l'objet est d'exclure ce type d'approche d'une analyse « sérieuse ».

Certaines approches classiques de l'efficacité semblent analytiquement pauvres lorsque le système est dynamique, notamment celles en termes d'équilibre général et ses corollaires constitués par les théorèmes de l'économie du bien-être. D'autres conservent, du moins en partie, un intérêt, comme le critère de Pareto. L'idée d'efficacité tend néanmoins à se dissoudre lorsque l'économie est perçue comme un système évolutif complexe (A) et incite à une certaine modestie en matière de « maîtrise » des phénomènes sociaux. La prise en compte de la dynamique conduit aussi à modifier l'approche de certaines politiques en privilégiant le concept d'adaptabilité sur celui d'efficacité (sauf à considérer qu'en dynamique, l'efficacité n'est autre que l'adaptabilité) (B).

¹²²⁵ Cette clause fera l'objet de développements plus importants dans la seconde partie de la thèse.

A. La dissolution de l'efficacité économique « classique » dans un système évolutif complexe

L'une des particularités premières des systèmes économiques est d'être complexe ; le résultat macroéconomique est le fruit d'une conjonction d'interactions entre les agents (le problème des trois corps est ici « renforcé ») et d'institutions (elles-mêmes en évolution). Cette complexité a obligé les économistes à modéliser pour obtenir quelques informations sur le fonctionnement des systèmes. Les limites de la modélisation ne sont cependant pas suffisamment présentées et beaucoup considèrent que les modèles représentent « véritablement » les mécanismes à l'œuvre dans le monde¹²²⁶.

Si le mouvement du monde est « réellement » pris en compte, l'efficacité statique n'a qu'un intérêt analytique limité et reste entièrement soumise à des choix qui ne relèvent plus de l'économie mais de considérations externes (point sur lequel nous insisterons particulièrement dans la seconde partie de notre thèse). Il apparaît dès lors important de bien saisir les limites du qualificatif « efficace » lorsqu'il est utilisé en analyse économique du droit. Même en l'absence d'incertitude et d'évolution du monde « non probabilisable », l'identification de l'équilibre optimal peut demander une quantité très importante d'informations pour « prévoir » l'avenir¹²²⁷. Se pose alors la question de savoir si cette difficulté est simplement épistémologique (nous ne disposons pas des instruments et des capacités permettant de prévoir le monde, mais théoriquement ceci est possible) ou ontologique (l'incertitude est nécessairement radicale).

Nous savons que le concept d'efficacité permet de caractériser une situation – une situation est ou n'est pas efficace (même si parfois des « degrés » sont permis). Si la dynamique du monde est prise en compte, cette approche ne permet pas de rendre compte d'un certain nombre de phénomènes liés aux effets systémiques. En un sens, la dynamique renforce les problèmes liés à la conception de l'efficacité comme critère descriptif. Nous présenterons ici quelques illustrations mettant à mal le concept d'efficacité statique lorsqu'il est utilisé pour caractériser une situation dynamique. Il apparaîtra nécessaire de faire émerger l'idée d'une efficacité dynamique qui sera analysée dans la suite de notre thèse.

¹²²⁶ Cette question sera étudiée dans le second chapitre du premier titre de la seconde partie de cette thèse.

¹²²⁷ Ce type d'argument, quoi que légèrement différent, est présent dans Mario Rizzo, *The Mirage of Efficiency*, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 641-658. L'auteur écrit : « *An illusion of manageability has been created by the overly simple models within which most of the economic analysis of law takes place. [...] The Focus of this article will be on elucidating the tremendous information requirements that make pursuit of efficiency norm impracticable* ».

a. Supposons par exemple qu'une « inefficience » soit décelée (identifiée subjectivement comme telle) par une institution et qu'il lui soit possible d'y remédier, est-il efficient d'y remédier ? D'un point de vue statique, cette décision semble efficiente puisqu'il est possible d'atteindre un point potentiellement Pareto supérieur (nous supposons que le coût de l'intervention ne remet pas en cause l'aspect potentiellement Pareto supérieur du nouvel état). Notons que l'inefficience « naît » de l'identification d'une autre solution jugée « plus efficiente » ; rien n'empêche donc de qualifier le « réel » d'efficient presque par définition. La décision de l'institution n'est efficiente que si l'impact de la nouvelle politique est parfaitement connu (ce qui est généralement loin d'être le cas). La même action réalisée dans un univers avec des « connaissances » différentes (par exemple, une action dont on ne saura si elle est efficiente que dans 50 ans), voire choisie de façon aléatoire (car plusieurs actions sont possibles mais les connaissances et l'incertitude ne permettent pas de savoir quelle est la « plus efficiente »), ne sera pas nécessairement identifiée comme une solution efficiente.

Du point de vue dynamique, les problèmes sont plus délicats : l'intervention n'aura-t-elle pas, par exemple, des effets négatifs en termes d'apprentissage ? Il serait en effet possible de considérer qu'en intervenant (ou qu'en intervenant trop rapidement) l'institution empêche les individus d'apprendre des raisons ayant conduit à cette situation, ce qui amputera leur capacité à résoudre un problème de même type dans l'avenir. De même, remédier « institutionnellement » à la situation constitue une exploitation de techniques d'identification et de résolution de problèmes et rien n'indique que l'institution aurait pu trouver une autre solution en « explorant » davantage l'espace des possibles.

En supposant qu'en ne remédiant pas immédiatement au problème, le système est capable de générer une solution encore plus efficiente (un point Pareto supérieur à la situation dans laquelle une institution est intervenue), quelle décision sera efficiente ? Que faire si on ne sait pas (et c'est le cas général) si le système sera capable à lui seul de générer une solution pertinente ? Doit-on privilégier l'avenir lointain sur l'avenir proche ? Idéalement, l'idée serait d'« actualiser » les gains pour identifier la solution efficiente – ce qui suppose néanmoins de connaître l'avenir ou au moins la répartition des probabilités des différentes options identifiées comme possibles. La recherche de l'efficience statique constitue dès lors plus une méthode visant à obliger les décideurs à expliciter les raisons de leurs décisions qu'un qualificatif pertinent. L'accent est davantage mis sur le processus (la prise de décision) que sur le résultat (les conséquences de la décision).

Une solution n'est-elle finalement efficiente que rétrospectivement et relativement au présent ? Si un individu (ou un groupe d'individus) fait un choix et le regrette ensuite, ce choix sera considéré

comme le résultat d'une irrationalité (source de l'inefficience ; si la rationalité de l'agent est limitée, rien n'interdit cependant de qualifier son acte de rationnel ; de même lorsque le temps est intégré à l'analyse) mais tant que le regret n'est pas présent, le choix est, par définition, jugé efficient par et pour l'individu (et ce d'autant plus si nous acceptons l'approche en termes de préférences révélées). Le regret peut aussi être perçu comme un coût à court terme mais efficient à long terme car l'individu (ou le groupe d'individus) ne commettra plus les mêmes erreurs. Pour savoir si tel est le cas, la période de l'analyse doit s'allonger : autrement dit *c'est la période qui détermine l'efficiencia et non l'inverse, alors que l'efficiencia est supposée caractériser un état et être un qualificatif parfaitement a-historique*. L'efficiencia institutionnelle est caractéristique : il est possible de raisonner « toutes choses égales par ailleurs » sans envisager la dimension systémique du choix. Dès lors, l'efficiencia souhaitée pourra se révéler parfaitement inefficace à atteindre l'objectif. Il suffit de penser au parlementarisme rationalisé souhaité sous la IVe république et difficile à mettre en place, notamment en raison de la culture politique française.

Le qualificatif efficient est plus déterminé par un certain nombre de connaissances qu'imposé par une « objectivité ». Il est également possible qu'une situation jugée inefficiente apparaisse comme efficiente a posteriori. Supposons qu'une politique soit menée. Elle engendre des adaptations au sein du système. A court terme, il est tout à fait possible que les coûts soient supérieurs aux gains et que la situation soit alors jugée inefficiente. Cependant, la période s'allongeant, et les acteurs s'adaptant, la situation peut se révéler efficiente.

L'avenir redéfinit le passé et modifie la flèche du temps. La prétention à l'universalité d'une disposition est alors très fortement critiquable sur le plan théorique. Plus l'horizon temporel choisi pour l'application du qualificatif est lointain, plus les résultats sont suspects et plus les considérations contrefactuelles paraissent problématiques. Plus le système est complexe, plus il sera imprévisible. Le droit étant au cœur de nombreux mécanismes de la vie sociale, l'imprévisibilité de ses effets sera logiquement à l'honneur.

b. L'efficiencia statique apparaît comme un nirvana économique, un point idéal duquel on ne peut pas bouger (il constitue l'objectif mais aussi la fin¹²²⁸ du processus économique). Si le monde évolue, ce point sera systématiquement remis en cause – si tant est qu'il soit possible de l'identifier – et ne pourra jamais être atteint. L'innovation (technique, organisationnelle, institutionnelle), l'apprentissage, les transformations de l'environnement et des conventions, la modification des préférences des agents économiques, l'émergence de niches et l'identification de

¹²²⁸ Aux deux sens du terme : fin comme finalité et fin comme terminaison.

nouvelles possibilités, pour ne citer que quelques phénomènes, remettent systématiquement en cause ce qui semblait efficient. La prise en compte ces dernières années de considérations « écologiques » ou l'arrivée de technologies comme l'Internet a clairement imposé une restructuration de nombreux pans de l'économie (l'industrie de la musique ou l'industrie automobile) et du droit (droit des logiciels libres, droit de l'environnement, etc...).

L'évolution du monde permet de protéger la structure du raisonnement néoclassique : si le raisonnement se fait toutes choses égales par ailleurs et qu'une prédiction n'est pas réalisée empiriquement, cet échec est-il du au modèle ou à l'effet des événements qui devaient rester stables ? Idéalement, il faudrait connaître ce que le modèle inclut dans l'hypothèse « toutes choses égales par ailleurs ». Ceci n'est jamais (ou trop rarement) précisé, l'hypothèse servant simplement à justifier que l'analyste ne s'intéresse qu'à certains éléments du monde.

Nous retrouvons la loi de la reine rouge et la situation d'Alice qui doit courir pour rattraper le monde qui avance et ainsi se maintenir à sa position¹²²⁹. La métaphore de l'évolution (de la co-évolution) des espèces est ici pertinente : chaque espèce a « évolué » en réaction avec la nécessité de survivre. Chaque espèce évoluant, rien ne garantit qu'une espèce « forte » à un moment donné, ne devienne pas « faible » à un autre. Afin de maintenir sa position, chaque espèce doit nécessairement évoluer et « de façon comparable » à ses compétiteurs. L'évolution, dans cette situation, nous y reviendrons, n'a aucune connotation de progrès ou de meilleur. Elle traduit la capacité à survivre, l'efficacité comme adaptabilité, comme capacité à évoluer.

Ce type d'approche modifie nécessairement les considérations de l'analyse économique classique et donc de l'analyse économique du droit. L'objectif n'est pas de rechercher une stabilité ou un équilibre mais d'avancer et de choisir les « bons » chemins. Contre le statu quo classique, l'analyse dynamique impose une vision plus « mouvante ».

Continuer à utiliser la structure d'analyse néoclassique ne peut dès lors se justifier que pour des considérations méthodologiques en raison d'un objectif de « scientificité » de l'analyse économique, au sens de capacité à générer des « résultats » déductifs. Il est évident que la prise en compte de la dynamique d'évolution contribue à complexifier l'analyse et engendre des probabilités d'erreurs assez importantes. *L'analyse systémique ne se réalisant que dans le présent, l'efficacité ne sera analysée que par rapport aux relations connues et non par rapport à une vision parfaitement cohérente du système.* Plus les éléments sont importants, moins les prédictions pourront être fiables. Le degré de

¹²²⁹ Voir Lewis Carroll, *Œuvres*, op cit, pp 275-276

liberté augmentant, la prédiction devient plus statistique que parfaitement déductive. En augmentant la flexibilité du modèle, les hypothèses ne pourront que très rarement être remises en cause car le modèle devient trop complexe pour qu'il soit possible d'imputer à un paramètre l'ensemble des variations empiriques observées.

Cette scientificité désirée par l'analyse néoclassique (et l'analyse économique du droit) a été perçue différemment par d'autres économistes qui, à l'instar de Hayek – qui constituera notre référence de prédilection dans la mesure où ses travaux se situent entre l'économie et le droit –, acceptent pleinement la complexité du monde et n'hésitent pas à transformer l'efficacité en simple critère d'adaptabilité.

B. L'efficacité comme adaptabilité : le recentrage sur le processus

L'efficacité en analyse économique traditionnelle vise le caractère d'une situation. Dans une approche dynamique, l'efficacité devient la caractéristique du processus. Il serait alors envisageable de faire émerger une méta-efficacité : une efficacité dynamique permettant de maximiser les chances d'obtenir une efficacité statique. L'efficacité dans un sens dynamique vise à assurer la « survie », de l'entreprise, de normes, de systèmes juridiques, voire de populations. Une entreprise qui survit dans le monde concurrentiel ne sera pas nécessairement jugée efficace, en ce sens que d'autres processus, plus « rigides » en termes d'évolution, pourraient être mis en place. Son efficacité, si le terme est encore adapté, résultera directement de sa capacité d'adaptation.

Afin d'explorer ce terrain largement délaissé par les économistes « traditionnels », nous devons revenir sur l'idée de dynamique de sélection et sur la transformation de l'efficacité en adaptabilité (1). Une telle approche modifie radicalement la conception de l'économie et des politiques à recommander. Nous illustrerons l'idée de méta-efficacité à l'aide des travaux de Hayek (2). Nous pourrions constater que le renversement de perspective est pour le moins radical (dans la justification des solutions). L'idée de concurrence, par exemple, visera ainsi un processus et non un résultat. Il apparaîtra également que l'efficacité du processus ne garantit pas nécessairement l'efficacité du résultat du processus.

1. évolution et dynamique de sélection : efficacité versus adaptabilité

Le concept d'efficacité nous semble critiquable dans un cadre dynamique et comme nous venons de le voir, ce concept manque rapidement de pertinence. L'optimisation (et l'optimalité) suppose en effet une parfaite connaissance de l'espace des possibles et une certaine stabilité de cet espace.

Si tel n'est pas le cas, le qualificatif d'efficient ou d'optimal n'est que rhétorique. Si le « modélisateur » ou le « scientifique » tient compte de l'imperfection de notre connaissance¹²³⁰, l'efficacité ne pourra viser – et encore relativement – que le processus permettant d'aboutir à la décision¹²³¹ et non la décision elle-même. *L'objectif social, la recommandation d'efficacité dans le monde néoclassique, se transforme en un compromis entre exploitation de ce que nous connaissons et exploration de l'espace des possibles*. Ce compromis permet de déterminer l'adaptabilité qui pourrait correspondre à une forme d'efficacité : ce qui survit est « plus fort » que ce qui « disparaît » ; être adaptable, c'est être efficace puisqu'il est possible de survivre même lorsque les conditions changent. Ceci ne signifie pas que l'individu le plus adapté survive nécessairement, il a seulement une probabilité de survie (et de reproduction) plus grande. La notion d'efficacité ne renvoie plus alors à l'idée d'optimalité mais à l'idée d'arbitrage et d'adaptabilité (ce qui bouleverse la modélisation formelle).

L'archétype d'un individu (ou d'un groupe) inadaptable correspondrait à l'individu (ou au groupe) qui ne connaîtrait qu'une stratégie : exploiter ce qu'il connaît¹²³² pour survivre (réagir mécaniquement à des stimuli, sans percevoir, ni s'interroger sur l'opportunité d'une telle réaction), sans capacité à déterminer lorsque cette stratégie s'avère inefficace et efficace. Les stratégies de cet individu (groupe) peuvent être parfaitement efficaces dans un monde et inefficaces dans un autre (par exemple, pensons aux méthodes de rédaction des contrats aux Etats-Unis et en France). Sans capacité de réflexivité, l'individu (le groupe) n'a pas la capacité d'apprendre et donc de s'adapter ; si l'environnement change, l'individu (le groupe, la règle, l'institution) risque de disparaître car il n'arrivera pas à se maintenir dans sa zone de viabilité¹²³³ dont il ne percevra pas les évolutions.

Reconnaître la limite de notre connaissance (épistémologique et ontologique) est une condition nécessaire pour saisir le compromis entre exploitation et exploration et sa nécessité face à la dynamique de la sélection. Supposons qu'un remède soit trouvé contre une maladie et qu'il soit efficace à 80%, est-ce une raison suffisante pour abandonner les recherches vers une plus grande

¹²³⁰ Sans tenir compte de la sienne propre... ce qui est problématique

¹²³¹ Notons la régression à l'infini, l'efficacité de la décision se transforme en efficacité de la procédure, qui elle-même suppose une efficacité dans les choix permettant d'identifier la procédure efficace, etc...

¹²³² Nous sommes alors obligés de supposer qu'il connaît sans avoir appris (l'apprentissage constituant l'élément essentiel du processus d'exploration). Il est aussi éventuellement possible, pour flouter le schéma de considérer qu'un individu qui ne connaît qu'une stratégie pour apprendre est inadaptable ou qu'un individu qui ne connaît qu'une stratégie pour apprendre à apprendre est lui aussi, en un sens inadaptable. L'exploitation sera plutôt entendue ici comme exploitation des actions et non comme exploitation des stratégies d'apprentissage.

¹²³³ Pour une première approche mathématique de ce sujet, voir Jean Pierre Aubin, *Elements of Viability Theory for the Analysis of Dynamic Economics*, in Paul Bourguin et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, op cit, pp 245-266

efficacité de ce remède ? L'arbitrage sera différent si le remède est moins efficace (il ne sera d'ailleurs pas qualifié de « remède » si son taux de succès est trop « bas ») : la poursuite de la recherche semblera une voie plus naturelle si le remède n'est efficace qu'à 40% que s'il est efficace à 80%. Si une règle juridique a un impact significatif en ce qu'elle permet la réduction, par exemple, du taux de criminalité dans un domaine particulier, est-ce une raison suffisante pour la qualifier d'efficace (et la transposer dans des environnements différents) ? Il faudrait être capable de connaître l'ensemble de l'espace des possibles pour pouvoir le faire. Cette connaissance étant impossible sans recherche, seule l'exploration de cet espace permettrait de confirmer ou d'infirmer l'efficacité de la solution (et uniquement relativement à un passé, si nous acceptons l'incertitude du futur).

Le compromis entre l'exploitation et l'exploration semble au cœur de ce qui pourrait constituer une efficacité au sens dynamique. Cette efficacité devrait à la fois tenir compte du monde « statique » et du monde « dynamique » puisque le système (groupe, individu) doit être capable de survivre (ou de maximiser sa possibilité de survie) en toutes circonstances. Il est cependant certain que la « vitesse » du monde a un impact sur la stratégie des individus (groupes, institutions) : moins le monde bouge, moins il est nécessaire d'explorer le monde ; plus le monde bouge, plus l'exploration de nouvelles stratégies devient cruciale¹²³⁴. Si le monde ne bouge que très lentement, il est tout à fait possible que les individus les plus adaptés soient les seuls à survivre au détriment des individus les plus adaptables. Face à plusieurs technologies, par exemple, écarter rapidement les technologies qui semblent les moins efficaces peut être pénalisant en ce qui concerne l'approche dynamique alors qu'au niveau statique, si les connaissances ne permettent pas de trouver une solution plus efficace, l'adoption d'une seule technologie peut se comprendre. Ce compromis n'est pas étranger au droit. Les règles touchant la propriété industrielle visent ce type de compromis : le brevet par exemple n'engendre un monopole que pour une période donnée.

Le compromis entre exploitation et exploration constitue plus une règle abstraite du processus de décision et d'analyse qu'une solution aux problèmes des choix sociaux et institutionnels. Il est douteux qu'il puisse faire l'objet d'une formalisation (car l'introduction de l'incertitude dans un modèle formel fait disparaître cette incertitude fondamentale). Sa valeur doit donc se rechercher dans la méthodologie d'approche du sujet. N'oublions pas, sur ce dernier point, que les sciences sociales

¹²³⁴ La diversité et la volatilité des règles juridiques peuvent être considérées comme des marqueurs de cette dynamique. Il est d'ailleurs fort probable qu'un système de droit évolue essentiellement en réponse à une dynamique du monde. Le souci de codification n'est apparu qu'à un certain niveau de complexité (du système et du monde).

ne peuvent que constituer des aides à la décision et ne permettent pas de déterminer la « meilleure » solution en toutes circonstances.

Si nous acceptons la logique de l'adaptabilité, il est certain que nous aurons tendance à privilégier une forme de flexibilité. Un groupe (au sens large) survivra plus longtemps s'il accepte en son sein des sous-groupes à la fois suffisamment homogènes pour permettre une cohésion et suffisamment hétérogènes pour que certains paramètres ne soient pas fixés (restent adaptables)¹²³⁵. Un système juridique rigide, par exemple – et il s'agit du cas extrême¹²³⁶ – qui ne connaît pas de règles (ou de méthodes) permettant la modification des règles existantes (les « *rules of change* » de Hart) ne survivra pas longtemps car il sera incapable de survivre (à terme) à un changement de circonstances. De façon identique, un système fondé uniquement sur des commandements et ne laissant aucune place à la régulation montrera vite ses limites¹²³⁷. Un système économique planifié sera lui aussi rapidement sclérosé car il est peu probable qu'il dispose des informations suffisantes pour fonctionner parfaitement.

2. L'efficacité dynamique des conditions d'efficacité statique (méta-efficacité) : le cas de Hayek et la défense de l'ordre du marché

La conception dynamique des processus économiques conduit à une relecture de l'idée de concurrence ancrée dans le modèle néoclassique (a). Cette approche conduit Hayek à favoriser l'ordre du marché pour des raisons clairement différentes de l'approche néoclassique (b) : l'idée d'efficacité de l'équilibre disparaît au profit d'une conception élargie de l'efficacité au sens de Pareto (avec pour postulat que si les individus échangent, c'est qu'ils y gagnent) et d'une « efficacité » plus générale du processus de l'économie de marché. Cette différence est fondamentale pour comprendre les écarts dans les recommandations qui ont pu être formulées par les économistes du droit traditionnel et les économistes du droit de tendance autrichienne. Autrement dit, *le changement de code conduit à un changement dans l'appréhension du monde, ce qui modifie certains aspects normatifs, mais aussi méthodologiques de l'approche.*

¹²³⁵ À cette approche, il faudrait ajouter le risque que l'hétérogénéité en tant que telle ne rende pas possible la cohésion. Si la cohésion n'est parfaite qu'à un très haut niveau d'homogénéité, il est douteux que le groupe et par exemple son système de normes, survivent longtemps.

¹²³⁶ Il est possible de se demander s'il constitue même un véritable système juridique (ce qui dépend cependant de la notion de système juridique).

¹²³⁷ Sur ce point, se référer à l'œuvre de Hayek et notamment Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 1, op cit.

a. transformation de l'idée de concurrence : la concurrence comme processus

Il est nécessaire, pour comprendre ce qu'est la compétition, de montrer que les modèles néoclassiques postulant une compétition pure et parfaite ne parlent pas en fait de compétition (au sens conventionnel du terme)¹²³⁸. Cette différence dans l'appréhension de la notion de concurrence a des effets radicaux sur les politiques économiques suggérées par les différents modèles (et sur l'idée d'efficacité elle-même). Le monopole par exemple, ne sera pas appréhendé de la même façon.

La compétition pure et parfaite des modèles économiques est fondée sur l'absence de pouvoir. Hayek ne rejette nullement ce premier point mais conteste les postulats de l'analyse classique. Cette dernière postule, rappelons le, l'information parfaite, la libre circulation des moyens de production, l'homogénéité des biens, l'atomicité (aucun vendeur ou acheteur ne peut influencer sur le prix de vente).

Les critiques de ce modèle sont nombreuses. Si nous nous en tenons aux plus importantes, rappelons tout d'abord que ce modèle présuppose l'équilibre auquel il souhaite aboutir, toute décision d'achat ou de vente ne pouvant être satisfaite puisque les achats n'ont lieu qu'au prix d'équilibre¹²³⁹. Il n'explique pas le mécanisme qui est fini avant d'avoir commencé¹²⁴⁰. « *modern theory of competition deals almost exclusively with a state of what is called competitive equilibrium in which it is assumed that the data for the different individuals are fully adjusted to each others while the problem which require explanation is the nature of the process by which the data are thus adjust* »¹²⁴¹. Cette critique est pour Kirzner la plus importante des travaux hayekiens¹²⁴². Elle conduit Hayek à souligner l'importance des institutions¹²⁴³ puisque si les marchés fonctionnaient parfaitement, et correspondaient au

¹²³⁸ Il s'agit du thème principal de Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit. Nous retrouvons aussi cette idée dans Mark Blaug, *Is Competition Such a Good Thing ? Static Efficiency Versus Dynamic Efficiency*, op cit, p 39 : « *Indeed, every act of competition on the part of a businessman was now taken as evidence of some degree of monopoly power, and hence a departure from the ideal of perfect competition, and yet pure monopoly ruled out competitive behaviour as much as did perfect competition* ».

¹²³⁹ G.L.S. Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, parle de « *pre reconciliation of plans* », p 92. Nous retrouvons ici le mécanisme du commissaire priseur walrasien. Nous savons que théoriquement, ceci ne sera pas toujours le cas en raison du théorème de Sonnenschein. Si nous supposons par contre, qu'il est possible que le système conduise à l'équilibre, par exemple car il peut atteindre n'importe quel point de l'espace des possibles, alors cet (ou un) équilibre sera atteint. Voir sur ce point Peter Boettke, *Where did economics go wrong?*, in Jeffrey Friedman (sous la direction de), Friedrich Hayek, 1997, *Critical review*, Vol 11, n°1, New Haven, 164 pages, pp 11-64, p 27.

¹²⁴⁰ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 96

¹²⁴¹ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 94.

¹²⁴² Israel Kirzner, *Competition and the Market Process*, in Israel Kirzner, *The Driving Force of the Market*, 2000, Routledge, London, 295 pages, pp 205-221.

¹²⁴³ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 95.

modèle théorique, aucune institution ne semblerait nécessaire (hormis, celle importante du marché...¹²⁴⁴).

Le modèle classique ne tient compte ni de la rationalité limitée des agents, ni de la fragmentation de la connaissance (en raison des postulats de l'analyse). Nous avons déjà expliqué en quoi la rationalité des agents est limitée. Il est impossible de supposer que les individus connaissent l'ensemble des faits leur permettant de prendre une décision (il est ainsi fort peu probable qu'un individu quelconque soit capable de résoudre des énigmes logiques¹²⁴⁵). L'action ne se fait que sur des anticipations (subjectives) et non des certitudes. L'erreur est possible et devient même un facteur d'apprentissage (l'apprentissage, au plein sens du terme) lequel est évidemment exclu des modèles de compétition pure et parfaite. L'imitation n'a pas non plus sa place dans le modèle classique alors qu'elle peut constituer une stratégie pertinente pour un individu ou un groupe.

Le modèle classique ne permet pas de comprendre des mécanismes comme la publicité, l'amélioration d'un produit ; il rend même virtuellement impossible toutes les activités qui peuvent entrer sous le vocable de compétition¹²⁴⁶. Ces mécanismes visent en effet à agir sur la représentation que se fait le consommateur du produit et l'évaluation de leur efficacité est pour le moins problématique. Si nous dotons ces consommateurs d'une rationalité parfaite, ils n'ont plus aucun intérêt : dans le modèle, ils sont inefficients. Autrement dit, comme le montre parfaitement Hayek, « *perfect competition means indeed the absence of all competitive activities* »¹²⁴⁷ et ce modèle est inutile à la compréhension véritable de ce qu'est la compétition comme processus. Dès lors, l'efficacité fondée sur l'idée de compétition n'a plus le même sens.

La compétition pour Hayek est inscrite dans une dynamique : elle ne correspond pas à un état mais à un processus¹²⁴⁸ et l'efficacité ne peut toucher que l'idée de processus. Il précise que « *the*

¹²⁴⁴ Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons le théorème de Coase qui réintroduit le droit dans la logique du raisonnement économique

¹²⁴⁵ Rappelons à cet égard la fameuse énigme de Einstein dont l'auteur considérait que seules 5 à 10% de la population mondiale pouvait donner une réponse correcte.

¹²⁴⁶ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 92.

¹²⁴⁷ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 96.

¹²⁴⁸ Globalement, le changement de perspective engendré par une approche procédurale est important. Cette approche procédurale conduit à une autre approche de la rationalité. Elle conduit aussi à une autre conception de l'efficacité, mais aussi à des recommandations différentes en ce qui concerne le système juridique. Fondamentalement, la logique procédurale se fonde sur l'incertitude épistémologique ou ontologique relative aux événements futurs. Cette « incertitude » constitue un des éléments fondamentaux pour comprendre les différentes approches économiques.

solution of the economic problem of society is in this respect always a voyage of exploration into the unknown, an attempt to discover new ways of doing things better than they have been done before »¹²⁴⁹. La compétition est donc essentiellement une méthode de découverte de nouvelles opportunités¹²⁵⁰, une technique favorisant l'adaptation et donc l'adaptabilité.

La conclusion de *The Meaning of Competition* est particulièrement intéressante : « *Competition is essentially a process of the formation of an opinion : by spreading information it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that the people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do* »¹²⁵¹. Il nous semble possible de résumer la position hayekienne en signalant que, pour lui, le social est endogène et non exogène, qu'il n'est pas un donné mais un construit. Cette approche ne permet ni l'application d'une logique purement déductive, ni un degré suffisant en ce qui concerne les prédictions. Le choix méthodologique est ici fondamental.

Cette conception de la concurrence conduit à justifier la logique du marché sous un angle très différent de celui prôné par la plupart des auteurs qui se rattachent à l'analyse économique du droit.

b. identification des avantages de l'ordre du marché : efficacité ou adaptabilité

Que Hayek défende l'ordre du marché et donc la compétition ne signifie pas que cette dernière soit parée de toutes les vertus. Elle peut entraîner des insatisfactions à court terme et donc des inefficiences « statiques » ; sa valeur doit plutôt se rechercher dans son efficacité dynamique. Il va de soi qu'un compétiteur prend une part de marché et oblige à s'adapter. Il peut même contraindre à quitter le secteur si une entreprise concurrente est dans l'incapacité de réaliser cette adaptation¹²⁵². Hayek précise que « *even if many fall behind at first, the cumulative effect of the preparation of the path will, before long, sufficiently facilitate their advance that they will be able to keep their place in the march* »¹²⁵³. Il est possible de distinguer dans cette affirmation une forme d'efficacité. Celle-ci repose plus sur un postulat que sur un fait empirique démontrable.

¹²⁴⁹ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 101.

¹²⁵⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3 : L'Ordre Politique d'un Peuple Libre*, [1979] 1995, PUF, Paris, 253 pages, pp 80-82.

¹²⁵¹ Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*, op cit, p 106.

¹²⁵² Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 91.

¹²⁵³ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 48.

Les résultats du marché ne sont pas non plus forcément moraux¹²⁵⁴. Certains individus sont laissés de côté par le processus alors que d'autres en profitent. Les revendications de « justice sociale » se fondent d'ailleurs sur l'idée que le mécanisme social (l'interaction entre les individus) peut engendrer des résultats justes ou injustes. Il est certain qu'ils peuvent être considérés comme tels mais le passage de considérations à des qualifications est plus délicat.

L'insatisfaction des individus est à l'origine de la dynamique puisqu'elle oblige à l'adaptation et donc à une meilleure qualité du service ou du bien qui est produit¹²⁵⁵, « ainsi dans l'ordre de marché chacun est conduit par le gain qui lui est visible, à servir des besoins qui lui sont invisibles »¹²⁵⁶. De plus, elle conduit à un apprentissage¹²⁵⁷ et ainsi à une augmentation de l'exactitude des anticipations dans le temps, à un véritable ajustement mutuel des anticipations des individus¹²⁵⁸, ce que Hayek qualifiera par la suite d'ordre spontané. Il note que « cette façon de coordonner les activités individuelles ne procurera un haut degré de coïncidence des prévisions, et l'utilisation effective des connaissances et des aptitudes, qu'au prix d'un déni habituel de certaines espérances »¹²⁵⁹. Nous pourrions constater que ce point est très important pour la théorie du droit (appréhendue sous l'angle économique) dans la mesure où les règles ont pour objectif de faciliter l'ajustement et le repérage commun¹²⁶⁰ (la question sera celle de la coordination entre les individus qui, indirectement, conduit à l'efficacité, mais qui vise surtout à favoriser les conditions pour faire naître des solutions efficaces). Ceci s'explique aisément car les individus peuvent ne pas répondre à une attente pour en honorer plusieurs autres. Si nous considérions que tout engagement doit être impérativement honoré, la situation deviendrait problématique. Nous retrouvons cette logique dans l'« *efficient breach* » d'un contrat développée par l'analyse économique du droit.

Hayek reconnaît que le succès dans le marché n'est pas le fait des aptitudes mais des actions, voire même de la chance¹²⁶¹ ; ceci renforce l'idée que les résultats du processus ne sont pas

¹²⁵⁴ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2 : Le Mirage de la Justice Sociale*, [1976] 1995, PUF, Paris, 221 pages, p 133.

Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, pp 67-68, 82. La moralité est nécessaire au marché rappelons le, p 68 par exemple.

¹²⁵⁵ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, pp 87-88.

¹²⁵⁶ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit p 140.

¹²⁵⁷ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 30, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, pp 89-91.

¹²⁵⁸ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 160.

¹²⁵⁹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 129.

¹²⁶⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 117.

¹²⁶¹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 139.

nécessairement moraux. Le résultat de la compétition suppose des actions positives et non simplement un mérite subjectif.

Cette concurrence conduit les individus à rester sur leurs gardes et à rechercher les opportunités qui se présentent ; c'est en cela qu'elle est « efficiente ». Elle rend le groupe (et les individus le constituant) plus sensible aux changements environnementaux. L'ordre du marché permet donc de stimuler l'innovation et l'adaptabilité. Hayek affirme que « *it is certainly more important that anything can be tried by somebody than that all can do the same thing* »¹²⁶². Il est donc possible de comprendre que l'accent soit mis plus sur les actions que sur le mérite individuel¹²⁶³. Ce processus est d'autant plus efficace et efficient qu'il existe une diversité dans la population, les opportunités ayant plus de chances d'être alors découvertes¹²⁶⁴. De même, plus les goûts seront différents, plus les échanges seront mutuellement avantageux¹²⁶⁵. La logique du compromis entre exploration et exploitation est ici frappante.

Les institutions du marché sont donc bénéfiques à l'ordre global dans la mesure où elles conduisent les individus à faire la meilleure utilisation possible de leurs connaissances. Ils sont alors conduits dans une marche forcée qui peut ne pas plaire à certains¹²⁶⁶. « *[E]nvy and ignorance lead people to regard possessing more than one needs for current consumption as a matter for censure rather than merit. Yet the idea that such capital must be accumulated at the expense of others is a throwback to economic views that, however obvious they may seem to some, are actually groundless, and make an accurate understanding of economic development impossible* »¹²⁶⁷. Le libéralisme et le capitalisme ne sont donc pas réductibles à un combat entre les riches et les pauvres. Chacun bénéficie de la liberté et de l'action des autres¹²⁶⁸. Cette ligne d'argumentation diffère largement de la logique d'efficacité induite par le modèle de l'équilibre général.

¹²⁶² Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 32.

¹²⁶³ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, pp 97-99. Voir aussi Friedrich Hayek, *Individualism True and False*, op cit, p 21.

¹²⁶⁴ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, pp 126-127.

¹²⁶⁵ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 132.

¹²⁶⁶ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 9 ; Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 89 : « *la concurrence est ce qui oblige les gens à être rationnels* » (nous pouvons observer un renversement de perspective : les gens ne sont pas nécessairement rationnels, ils le deviennent).

¹²⁶⁷ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 124.

¹²⁶⁸ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, pp 42, 48-49 et d'une manière générale les chapitres 2 et 3. Voir aussi Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 81.

L'ordre du marché facilite la coordination entre les individus ; ils n'ont pas à partager les mêmes fins pour échanger. Le marché permet de tenir compte de la division de la connaissance¹²⁶⁹. « [S]i l'accord sur les buts était une condition nécessaire, si un choix dissident était considéré comme un danger pour l'ordre de la société, si l'approbation et la censure portaient sur les fins poursuivies dans les activités particulières, les forces de progrès intellectuel seraient confinées à l'extrême »¹²⁷⁰. Comme les individus disposent de connaissances particulières, l'ordre du marché est seul à même de leur permettre de les utiliser comme bon leur semble et ne présume pas de l'existence d'une instance capable de tenir compte de l'ensemble des faits particuliers qui agiront sur le choix de telle ou telle action¹²⁷¹.

Le marché peut se révéler dans l'incapacité de fournir certains biens ou services. Dans ce cas l'État doit intervenir. Cependant si le marché souhaite reprendre ses droits, Hayek considère que l'État doit s'effacer¹²⁷² : en un sens l'absence d'un bien public (ou d'un service public) est révélé par la volonté d'un opérateur de rentrer sur « le marché ». L'efficacité de l'ordre du marché n'est pas déterminable a priori mais se révèle par les actions.

Enfin, le marché permet d'assurer, sous certaines conditions, l'existence d'un ordre abstrait dans lequel les chances de tout membre pris au hasard dans la société seront aussi grandes que possible¹²⁷³. Nous retrouvons la logique Rawlsienne ainsi que l'idée de consentement a priori de Posner avec toutes les limites que cela suppose.

La logique développée par Hayek pour défendre l'ordre du marché est très différente de celle développée par Posner. Le modèle de référence est clairement différent du modèle néoclassique. Comme nous aurons l'occasion de le voir, l'utilisation de cette grille de lecture pour l'approche des phénomènes juridiques diffère sensiblement de l'analyse économique néoclassique traditionnelle utilisée en analyse économique du droit.

L'efficacité telle que la conçoit Hayek n'est bien-sûr qu'une conception parmi d'autres. Nous ne l'avons présentée ici que pour marquer son opposition avec l'approche néoclassique utilisée majoritairement au sein de l'analyse économique du droit. Les différentes approches sont fondées sur un certain nombre de postulats mais aussi sur certaines considérations visant l'objectif de l'analyse. *Elles ne constituent donc pas des points de vue neutres ou des vérités scientifiques en dehors de leur*

¹²⁶⁹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 77.

¹²⁷⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 2, op cit, p 134.

¹²⁷¹ Friedrich Hayek, *Individualism True and False*, op cit, p 15.

¹²⁷² Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 125

¹²⁷³ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 2, op cit, pp 156-159.

système axiomatique. La variété des conceptions de l'efficience au sein même de la science économique conduit à une conception « plurielle » de l'analyse économique du droit. La connaissance des fondements permet dès lors une nouvelle appréciation des résultats.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER : LA NECESSITE DE SPECIFIER LE SYSTEME AXIOMATIQUE

Cette première partie a eu pour objectif de présenter les différents concepts sur lesquels se fonde l'analyse économique du droit, autrement dit son système d'interprétation du monde. Parmi ces concepts, la rationalité et l'efficacité sont caractéristiques du raisonnement économique. Ces termes ne sont cependant pas transparents et révèlent un certain nombre de choix. L'économie ne s'intéresse donc pas à la rationalité ou à l'efficacité mais à une rationalité et une efficacité définies économiquement. Ces termes constituent les règles du jeu de l'approche économique et donc de l'approche économique du droit.

Dans le cadre de l'analyse économique du droit, on pourra dire qu'*un individu est rationnel s'il cherche son « intérêt » et tient compte des conséquences de ses actions et ce de façon cohérente*, et donc si la modification de certains paramètres de l'environnement est susceptible de le conduire à une modification des actions (qui n'est pas aléatoire). Traditionnellement on considère que si le prix d'un bien (normal) augmente, toutes choses égales par ailleurs, la quantité demandée baissera. Si la sanction pour un stationnement interdit augmente, toutes choses égales par ailleurs, les individus réduiront ce genre de comportement. En un sens si la modification d'une règle juridique était sans effet sur le comportement des individus, on pourrait s'interroger sur le rôle du droit.

Si nous souhaitons rendre compte d'un phénomène à partir du comportement des individus, Richard McAdams indique que « *some amount of rationality is going to enter implicitly or explicitly into anyone's theory* »¹²⁷⁴. En effet, dès lors que nous voulons systématiser le comportement humain, il faut qu'il existe quelque chose à systématiser et donc que le comportement ne soit pas purement aléatoire. *Cette absence d'aléatoire pur et la façon d'en rendre compte constituent une théorie de la rationalité*. Le choix de l'individualisme méthodologique rend donc nécessaire une telle théorie. Des choix épistémologiques conduisent ensuite à retenir une certaine forme de rationalité.

¹²⁷⁴ Collectif, Roundtable Discussion, Must we Choose Between Rationality and Irrationality, op cit, p 1257

Le modèle néoclassique renvoie une conception formaliste de la rationalité liée très étroitement aux mathématiques de l'optimisation (et donc à la méthode que l'on considère comme scientifique). Cette approche est critiquée pour son irréalisme dans la mesure où les individus ne semblent pas, sur le plan empirique, se comporter selon les canons du modèle sans pour autant être totalement imprévisibles. Elle a cependant l'avantage de la précision dans la mesure où un individu rationnel au sens néoclassique est parfaitement prévisible (ce qui ne signifie pas que les interactions entre les agents le sont). D'autres conceptions ont été proposées et un pan entier de l'analyse économique du droit est consacré à une intégration plus importante de la dimension psychologique dans les modèles de rationalité. L'intégration de dimensions « réelles » dans les modèles de rationalité permettent peut-être une meilleure « compréhension » du fonctionnement des individus au détriment de la prédictibilité.

Sans trancher ici sur l'opportunité de chacune des théories de la rationalité, il semble évident que le choix d'une d'entre elles est déterminant pour les résultats de l'analyse et les recommandations résultants de ceux-ci. Le modèle de rationalité permet de « comprendre » comment les « particules élémentaires » du système économique fonctionnent. Il est une condition de la modélisation et de la « scientificité » de l'approche. *Comprendre les présupposés de chacune des conceptions est donc une tâche nécessaire à l'évaluation des propositions fondées sur celles-ci.*

Une fois que nous connaissons – il serait plus exact d'évoquer le fait que nous déterminons – « comment » ces particules fonctionnent, l'analyse économique s'intéresse aux effets agrégés des interactions entre celles-ci. Le concept d'efficacité vise à déterminer un critère du « bien ». Il se fonde très largement – quoi que schématiquement – sur un anthropocentrisme en ce sens qu'un ensemble de particules élémentaires (groupe, région, société toute entière, etc. ; c'est-à-dire n'importe quel ensemble d'individus) est considéré réductible au comportement d'un individu maximisateur de « premier niveau » (ce qui est pourtant mathématiquement faux en raison du théorème de Sonnenschein, sauf à postuler de l'hypothèse de substituabilité brute). L'analyse coûts-bénéfices matérialise cet anthropocentrisme : *de même que l'individu maximise sa fonction d'utilité, la société maximise à l'aide de l'analyse coûts-bénéfices.* La solution de l'internalisation des externalités suit cette même logique.

Plusieurs conceptions de l'efficacité existent : la Pareto optimalité et la Pareto supériorité, l'efficacité au sens de Kaldor Hicks, la maximisation de la richesse ou encore l'analyse coûts-bénéfices. Ces différentes conceptions ne sont pas radicalement différentes mais sont susceptibles de conduire à des conclusions différentes, notamment quant aux recommandations engendrées par les modèles. Elles sont également toutes fondées sur un certain nombre de postulats qu'il est toujours possible de remettre en cause.

Au cours de cette première partie, nous avons mis au jour le système axiomatique (ou le système symbolique de haut niveau) – et ses limites – sur lequel se construit l'analyse économique et donc l'analyse économique du droit. Nous avons pu constater que l'objectif de « scientificité » conduit souvent à écarter la « complexité » de l'approche puisque l'intégration de tels éléments rend beaucoup plus aléatoires les prédictions, lorsqu'il est possible d'en réaliser.

Nous ne nous sommes pas penchés explicitement sur la validité de l'application de ce système d'interprétation aux phénomènes juridiques. Cette question sera évoquée en détails dans la seconde partie de notre thèse.

Une fois le système explicité, il s'agit de connaître son impact sur l'approche des phénomènes juridiques.



© J.L

Ou ce que la mouche a vu dans la bouteille

Titre II. L'appréhension des phénomènes juridiques dans le cadre de l'analyse économique du droit

*« Perception is thus always an interpretation, the placing of something into one of several classes of objects. An event of an entirely new kind which has never occurred before, and which sets up impulses which arrive in the brain for the first time, could not be perceived at all »*¹²⁷⁵

Friedrich Hayek

*« En réalité, les messages non codés n'existent pas ; il n'y a que des messages écrits dans des codes qui nous sont plus ou moins familiers »*¹²⁷⁶

Douglas Hofstadter

L'analyse économique du droit vise la codification des phénomènes juridiques dans un langage économique. La structure de cette codification a été étudiée dans le titre I de la première partie de notre thèse. Nous avons ainsi mis en évidence le rôle fondamental (et même constitutif) joué par les concepts d'efficacité et de rationalité pour ce type d'approche.

Comme tout système de « codage », l'analyse économique « transforme » l'objet (ou au moins la représentation de celui-ci¹²⁷⁷) sur lequel elle s'applique, pour ne pas dire qu'elle participe à sa constitution (même incomplète) : *le droit au sens juridique n'est pas le même que le droit au sens économique*. L'approche en termes de réciprocité dans le domaine du droit de la responsabilité (approche proposée notamment par Coase) n'est pas sans remettre en question la catégorie de la « causalité » utilisée par les juristes. La focalisation exclusive sur la question de l'efficacité remet, elle aussi, en question la logique éthique souvent associée au droit.

¹²⁷⁵ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 142.

¹²⁷⁶ Douglas Hofstadter, *Gödel, Escher Bach, Les Brins d'une Guirlande Eternelle*, [1979] 1987, InterEditions, Paris, 834 pages, p 298

¹²⁷⁷ En supposant qu'il soit possible de découpler l'objet de sa représentation.

Sans aller jusqu'à proposer une distinction entre droit et non droit, l'analyse économique propose une certaine « théorie du droit »¹²⁷⁸. Rappelons à cet égard que Posner pensait avoir trouvé l'unité profonde du droit grâce au codage économique¹²⁷⁹.

Contrairement à une approche positiviste du type Kelsen fondée essentiellement sur la dimension formelle du droit¹²⁸⁰ (la structure prime sur la substance), l'analyse économique du droit se focalise sur la dimension substantielle du droit (sur le contenu en laissant de côté la forme)¹²⁸¹. Pour Posner, « *Kelsen philosophy of law opens a space for economic analysis, and in particular for the use of economics by judges in a wide range of cases that come before them* » [...] « *It was natural to suppose that Kelsen, by assigning the content of the law to "sociology", was abjuring law professors to have nothing to do with social sciences. There is no reason to interpret him in this way, no reason to suppose that it would have troubled him to imagine legal theorists in his sense cohabiting with academic lawyers (or even non lawyers) interested in the content of the law and its illumination by the social sciences* »¹²⁸². En un sens l'analyse économique du droit pourrait être considérée comme un « positivisme de la substance ». L'objectif de l'analyse économique du droit est donc de rendre compte de la substance du droit (et éventuellement, de la forme, en tant que substance de second ordre) et ce de façon « scientifique » (et donc « pure » si nous ne sortons pas du code).

L'analyse économique du droit porte dès lors sur un objet indéfini formellement¹²⁸³, en ce sens que son codage ne permet pas réellement, nous y reviendrons, de distinguer entre le droit et les autres phénomènes normatifs (comme par exemple la morale ou les normes sociales). Kornhauser signale à juste titre que « *Though commentators often characterize economic analysis of law as providing a comprehensive theory of law, its narrower ambitions become apparent when one realizes that economic analysis of law has not explicitly addressed the question "What is law?". Indeed, economic analyses of law*

¹²⁷⁸ Au sens d'un ensemble d'hypothèses permettant de rendre compte, d'analyser et de critiquer des phénomènes considérés comme juridiques. Elle propose en fait une théorie du fonctionnement de la « norme » ou d'approche des phénomènes normatifs.

¹²⁷⁹ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, p 40

¹²⁸⁰ Ceci ressort « clairement », à notre avis, de Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^e édition, traduction Charles Eisenmann, 1962, Dalloz, Paris, 496 pages.

¹²⁸¹ Pour comprendre un objet, il faudrait en fait allier les deux dimensions. Un marteau peut être décrit uniquement par sa forme (« ceci est un marteau ») mais cette approche ne permettrait pas de comprendre une proposition du type « il utilise ceci comme un marteau » (l'accent étant alors mis sur la substance du marteau, ici son but). En ce qui concerne le droit, il nous semble que ces deux dimensions ne doivent pas – voire ne peuvent pas – être négligées. Aborder l'objet droit sous un seul angle fait perdre une dimension (au moins).

¹²⁸² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 251 et p 268

¹²⁸³ Cette caractéristique prouve, à elle seule, que l'analyse économique du droit correspond avant tout à de l'analyse économique. Le droit n'est que l'objet de son application. La dénomination « *law & economics* » est cependant plus large.

generally presuppose a concept of law in that the law is uncontroversially known to all actors»¹²⁸⁴. L'attention quasi exclusive portée à la substance des normes – et liée au codage utilisée – conduit cette approche à ne pas s'intéresser à ce qu'est le droit (dans sa juridicité). L'analyse économique du droit, finalement, pourrait s'étendre à l'analyse économique des « normes » sans perte¹²⁸⁵ (après tout, ce qui compte est plus « l'utilité de la norme » que sa forme). Cette faiblesse peut conduire, nous le verrons, à la critiquer en ce qu'elle ne donne pas, a priori, une force normative aux phénomènes juridiques (alors que cette question est, en raison du code, largement extérieure aux considérations).

Le point de vue économique sur les phénomènes juridiques (et plus largement les phénomènes normatifs) peut conduire à distinguer une approche interne et une approche externe. L'approche interne vise à percevoir le droit comme un phénomène économique (et comme résultant de phénomènes économiques), comme le produit des forces économiques. Sous cet angle, la question principale sera celle de la raison économique du droit (chapitre 1). L'analyse économique propose un ensemble d'outils permettant d'expliquer « l'origine » des normes (en termes de substance et éventuellement aussi en termes de forme, la substance pouvant viser la forme). C'est en suivant la logique économique présentée dans le premier titre que le droit peut réapparaître.

L'approche externe vise à appréhender le droit comme ne résultant pas d'un processus économique mais comme un objet déjà formé (ou dont le processus de formation importe peu). S'il n'est pas économiquement créé (ou plus précisément si cette question est mise de côté), il peut être économiquement analysé ou interprété (chapitre 2). L'analyse économique fournit alors des outils permettant d'évaluer l'impact des règles juridiques, de critiquer les règles existantes, etc... Cette approche correspond au cœur de l'analyse économique du droit. Posner, dans son traité, utilise les outils économiques pour rendre compte de droits (sont-ils efficaces ?) sans s'intéresser fondamentalement au « pourquoi » du droit.

¹²⁸⁴ Lewis Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, 2006, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible sur <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/#ConLaw>

¹²⁸⁵ Voir par exemple: Eric Posner, *Law and Social Norms*, op cit; Eric Posner, Symbols, Signals and Social Norms in Politics and the Law, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 765-798 (plus généralement, on pourra se reporter à l'ensemble du numéro 2 consacré aux normes sociales et à leur relations avec l'analyse économique du droit); Robert Cooter, Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 1-22; Robert Ellickson, Law and Economics Discovers Social Norms, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 537-552. Signalons enfin que Steven Shavell, dans son manuel d'analyse économique du droit, s'intéresse au domaine optimal de la morale et du droit (Steven Shavell, *Foundations of Law and Economics*, op cit, pp 619-634). En un sens, cette extension était à prévoir. Dès lors que l'analyse économique se conçoit comme une simple méthode, elle peut intégrer n'importe quel champ disciplinaire.

Cette distinction est assez proche – tout en étant un peu plus large – de celle formulée par Kornhauser entre « *policy analysis* » et « *political economy* »¹²⁸⁶. Dans le second type d'approche, le postulat de rationalité vise l'ensemble des acteurs de l'économie, y compris le législateur, les juges, etc... Dans le premier type d'approche, le droit est considéré comme ne résultant pas lui-même d'une dimension économique, il s'agit alors de savoir comment les individus vont réagir aux différentes normes. Ce changement de perspective a des effets importants sur la compréhension du droit (notamment en ce qui concerne l'instrumentalisme) et sur le programme de recherche de chacune de ces deux écoles (l'objet de l'analyse résultant plus de la méthode et des postulats que d'un champ déterminé hors « méthode »). Par exemple, « *the policy analysis school seeks to explain the effects of legal rules and institutions on the behavior of citizens ; the political economy school seeks also to explain the structure and content of the legal rules and institutions themselves* »¹²⁸⁷.

Les deux niveaux identifiés ne sont pas étanches (la compréhension de la réalité suppose un mixage entre les différents niveaux), tout en étant potentiellement incompatibles (cette question fera l'objet d'une étude plus particulière dans la seconde partie de notre thèse). S'il est possible de présenter le système juridique actuel comme résultant d'un mécanisme d'évolution efficient, modifier les règles de ce système sans tenir compte de cette dimension d'évolution peut apparaître délicat, voire contre productif. Hayek est certainement l'un des premiers à mettre en garde contre ce type d'effet¹²⁸⁸.

Similairement, si la règle (ou l'ensemble de règles) de création de règles est efficiente au regard des contraintes pesant sur le système et qu'une règle du système apparaît à un moment donné inefficente, quels seront les motifs permettant une modification de cette règle (et juridiquement, qui peut intervenir dans un tel cas) ? Le *pourquoi* du droit vise le système juridique dans son ensemble, non pas une règle particulière de ce système. L'approche externe considère davantage les règles particulières du système que le système dans son entier. Nous retrouvons ici en partie l'approche dynamique et l'approche statique. L'approche dynamique vise le pourquoi du droit – le droit est abordé comme système et dans son évolution – , alors que l'approche statique en ne visant que la règle prend un point de vue a-historique et ne s'interroge pas suffisamment sur le pourquoi de la règle.

¹²⁸⁶ Par exemple, Lewis Kornhauser, *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, op cit, pp 69-70

¹²⁸⁷ Lewis Kornhauser, *Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions*, op cit, p 70. Pour plus de détails, il suffira de se reporter à ce texte. L'auteur précise ainsi que ces deux écoles ne voient pas le droit de la même façon, notamment en ce qui concerne l'instrumentalisme.

¹²⁸⁸ Il suffit de penser à la critique de l'auteur du constructivisme rationaliste. Par exemple, Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit.

Chapitre 1. Une reconstruction de l'objet « droit » à partir du codage économique : le droit comme phénomène économique

« *Laws do not drop from the sky ; they do not spring up out of the earth ; they do not arise out of the sea, and are not found locked in the heads of new born infants* »¹²⁸⁹

Mark Litchman

« *The moral rules that really govern our behavior consist of a mixture of instincts, customs, and conventions that are simultaneously more mundane and more complex than traditional scholarship is willing to credit. They are shaped largely by evolutionary forces – social as well as biological. If one wishes to study such rules, it doesn't help to ask how they advance the Good or preserve the Right. One must ask instead how they evolved and why they survive. That is to say, we need to treat morality as a science* »¹²⁹⁰

Ken Binmore

Si l'analyse économique du droit est perçue avant tout comme un outil permettant de critiquer le droit positif et les méthodes traditionnelles des juristes, elle fournit aussi des éléments permettant d'explicitier la raison « économique » du droit, sa fonction dans le système économique. Plus précisément, le codage économique conduit à accentuer certaines dimensions des phénomènes juridiques et du droit en particulier.

Fondamentalement, *l'analyse économique ne peut fournir que des explications qui entrent dans « son code »*. Toute application d'un code à un objet ou à un phénomène est donc limitée puisque le « code » ne nous permet pas de tout « voir ». Si le droit est perçu comme un phénomène économique, il est possible d'utiliser les catégories de rationalité et d'efficacité pour en rendre compte. La démarche est alors de partir du code vers l'explication. Le codage économique correspond sous cet angle à un outil d'abduction¹²⁹¹.

¹²⁸⁹ Mark Litchman, *Economics, The Basis of Law*, 1927, *American Law Review*, vol 61, pp 357-387, p 357

¹²⁹⁰ Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, p 1

¹²⁹¹ Nous insisterons tout particulièrement sur ce dernier point dans la seconde partie de notre thèse.

Nous devons donc expliciter les raisons du droit à partir de la rationalité individuelle et du postulat de l'individualisme méthodologique. Le droit peut alors avoir deux origines : une construction rationnelle (le droit serait ainsi le produit d'une ou plusieurs rationalités), ou une construction émergente (le droit résulterait des interactions entre les individus rationnels sans que ceux-ci saisissent véritablement leur influence sur le « droit » et les phénomènes normatifs plus généralement ; cette approche utilise essentiellement la théorie des jeux). En reprenant les catégories hayekiennes, la première origine correspondrait à l'ordre construit, la seconde à l'ordre spontané¹²⁹².

La raison économique du droit se trouve dans une plus grande efficacité du système économique global. Il s'agit de la seule explication économique possible ; le phénomène est trop répandu pour ne pas avoir « d'intérêt » si nous supposons que les acteurs sont rationnels¹²⁹³. Pour examiner ce postulat, nous resterons à l'intérieur du code, afin de bien insister sur l'importance du système de codage pour la « connaissance ». Il s'agira de comprendre comment, à partir du code, nous pouvons retrouver les systèmes juridiques (par exemple, si le monde est celui de la concurrence pure et parfaite, le droit a-t-il une place ? est-il présupposé par l'idée de concurrence pure et parfaite ?) ainsi que les phénomènes normatifs. Nous resterons à un niveau de généralité assez élevé en ce sens que nous ne rechercherons pas les déterminants juridiques (et normatifs) empiriques de l'efficacité d'un système économique. Nous nous intéresserons essentiellement à la fonction globale du droit (le droit pouvant apparaître comme un outil de coordination ou comme le fruit d'un rapport de force). Les études empiriques seront donc, dans cette partie, laissées de côté ; nous ne ferons qu'appliquer le code à un objet qu'il contribue à constituer. Signalons que la croissance économique est souvent corrélée¹²⁹⁴ à une bonne « gouvernance »¹²⁹⁵ et que l'existence d'un droit « véritable » (par opposition à un droit de façade étant par exemple soumis à la corruption ou à une ineffectivité globale) est une composante importante de cette « bonne gouvernance ». La

¹²⁹² Sur ce point, voir par exemple Friedrich Hayek, *Droit, Législation, Liberté*, vol 1, op cit.

¹²⁹³ Il en est même une condition puisque la logique du marché n'aurait aucun sens sans l'idée de propriété.

¹²⁹⁴ Rappelons que la corrélation ne signifie pas causalité et qu'il est possible, parfois, que les données aient une forme de corrélation inversée, la variable n'étant pas celle que l'on croit. L'économie ne connaît cependant pas la différence que font les biologistes entre adaptation et exaptation. Notons aussi que le postulat engendre de la créativité.

¹²⁹⁵ Voir par exemple, Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, 2004, Princeton University Press, Princeton, 167 pages, p 4 « *They must recognize that markets will not succeed unless they are supported by adequate governance institutions* » ; Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 208 « *there is probably no single factor which has contributed more to the prosperity of the West than the relative certainty of the law which has prevailed here* ». Voir aussi, par exemple, pour des études plus empiriques Robert Hall et Charles Jones, Why do Some Countries Produce so much more Output per Worker than Others?, 1999, *Quarterly Journal of Economics*, vol 114, pp 83-116 ; Dani Rodrick, Institutions for High Quality Growth: What They Are and How to Acquire Them, 2000, *Studies in Comparative International Development*, vol 35, pp 3-31.

bonne gouvernance, et pour ce qui nous intéresse le « bon » droit, est souvent présupposée par les modèles économiques¹²⁹⁶. Néanmoins, si ces études insistent sur l'importance d'une structure de caractère juridique, ce caractère juridique ne demande pas nécessairement une intervention étatique (il s'agit d'un élément qui nous permettra de distinguer entre le droit et les autres phénomènes normatifs). Des mécanismes « privés » peuvent tout à fait permettre la structuration nécessaire au bon fonctionnement des marchés¹²⁹⁷. Nous n'aurons cependant pas l'occasion de développer cette question. Signalons cependant que l'analyse économique peut être appliquée au choix de la procédure de résolution des conflits : si le passage par une institution privée est moins coûteux que le passage par une institution publique, il est « normal » (du point de vue économique) que la première soit privilégiée sur la seconde (le recours à l'arbitrage pour éviter les délais de jugement est un exemple type). Nous aurons ici l'occasion d'insister sur l'importance des droits de propriétés qui sont au fondement même de la possibilité de l'échange.

Nous nous intéresserons ici à deux raisons économiques du droit. *Le droit est tout d'abord un outil de coordination entre les individus* (section 1) : il définit un cadre favorisant les échanges, et donc l'efficacité. Il fournit les règles du jeu, règles qui peuvent, selon les circonstances, avoir un impact sur l'allocation finale des ressources. Par exemple, le droit peut constituer des outils permettant aux individus de pallier les limites de leur rationalité. La raison économique correspond ici à l'identification de la fonction du droit (et donc à une définition fonctionnelle du droit).

Le droit est aussi, sous l'angle économique, le produit d'un rapport de force et le fruit d'une construction rationnelle. Si le droit peut avoir un impact sur l'efficacité ou la satisfaction des préférences individuelles, il devient intéressant (pour le groupe ou l'individu) de tenter d'influencer le processus d'élaboration des normes, ce qui oblige à analyser les mécanismes permettant d'éviter les dérives prévisibles à un niveau normatif supérieur (nous retrouverons ainsi la logique de coordination). Nous ne nous pencherons pas ici sur les approches « marxistes » ou « marxisantes » visant à faire du droit le centre d'une lutte et un mécanisme d'oppression. Nous présenterons plutôt les éléments permettant d'appréhender la formation « consciente » du droit, par exemple par le législateur ou le constituant. Il s'agira donc d'analyser économiquement la création des normes juridiques

¹²⁹⁶ Voir par exemple, Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, op cit, p 3 « *Thus conventional economic theory does not underestimate the importance of law; rather, the problem is that it takes the existence of a well functioning institution of state law for granted* »; Hans Bernd Schäfer et Clauss Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, op cit, p 83 « *traditional microeconomic more or less took the legal structure in which production and exchange occurs for granted* ».

¹²⁹⁷ Voir par exemple, Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, op cit. L'auteur signale d'ailleurs que les mécanismes peuvent aussi être complémentaires. L'exemple type est celui de l'industrie du diamant : Lisa Bernstein, *Opting out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 1992, *Journal of Legal Studies*, vol 21, pp 115-157.

(section 2) et plus particulièrement les normes de génération de normes (autrement dit le droit constitutionnel).

Ces deux dimensions sont liées : la première met l'accent sur la nécessité de certaines normes pour sortir d'un équilibre sous-optimal et assurer le libre jeu des marchés ; la seconde s'intéresse plus directement à la procédure permettant de mettre en œuvre de telles normes (ce qui nous obligera à analyser cette dimension du rapport de force). La dimension de coordination est présente dans les deux registres mais à des niveaux différents : au niveau 1 il s'agit d'analyser la nécessité des normes pour la coordination du groupe ; au niveau 2, il s'agit d'analyser la nécessité des normes permettant à un sous-ensemble du groupe de mettre en œuvre des normes de coordination du groupe. Autrement dit, si les règles de coordination sont nécessaires à l'intérieur du groupe afin que celui-ci puisse allouer les ressources de la façon la plus efficiente possible, des règles de coordination relatives à la mise en œuvre des règles de coordination sont nécessaires pour assurer que les normes mises en œuvre par les « autorités » permettent de faire émerger les normes favorisant l'allocation efficiente des ressources.

Section 1. Le droit comme outil de coordination des actions des individus

*« Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés »*¹²⁹⁸

Friedrich Hayek

*« In the Walrasian model, where prices are sufficient for efficient allocation, institutions are superfluous ; firms, clubs, tribes or families cannot enhance efficiency... Only recently have economists (and other social scientists) begun to take notice of the inconsistencies intrinsic to such an approach »*¹²⁹⁹

Yoram Barzel

Sous l'angle économique, le droit apparaît avant tout comme un outil de coordination entre les agents. Tout comme un langage commun est nécessaire à la compréhension, le droit (ou plus largement les phénomènes normatifs) est indispensable (soit en ce qu'il fournit simplement une structure de base, soit parce qu'en plus il a une influence sur l'allocation des ressources¹³⁰⁰) pour le fonctionnement des systèmes économiques. Sans « règles », l'échange est par définition impossible (puisque la propriété n'existe pas) et tout investissement est en partie condamné (car l'investissement suppose que l'individu qui réalise cet investissement pourra en profiter). Les règles permettent de fixer un cadre commun qu'il serait, dans une logique économique, coûteux d'établir pour chaque relation. Elles peuvent avoir, bien évidemment, une influence sur l'allocation des ressources. La structure n'est donc pas toujours neutre, contrairement à une interprétation néoclassique du théorème de Coase.

Comme l'explique Barzel, les économistes ont commencé à prendre en compte l'impact du droit et des institutions en réintégrant l'idée de gouvernance au sein de l'analyse économique. Jusqu'à une époque récente, le mécanisme des prix était considéré comme suffisant pour une « bonne »

¹²⁹⁸ Friedrich Hayek, *Droit, Législation, Liberté*, tome 1, op cit, p 117.

¹²⁹⁹ Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, 1997, Cambridge University Press, Cambridge, 161 pages, p 11

¹³⁰⁰ Notons que si le droit n'est « utile » que comme structure de base et qu'il n'a aucune influence sur l'allocation des ressources, les individus n'ont aucun intérêt à exercer des activités de type lobbying (puisque justement, il ne sert à rien de vouloir orienter le processus).

coordination entre les agents. L'ouverture de l'analyse économique sur les droits de propriété, l'idée des coûts de transaction et plus généralement le rôle des institutions¹³⁰¹ a quelque peu modifié la donne.

Nous chercherons ici à savoir comment la thématique du droit (et des normes) est réapparue au sein de la pensée économique (néoclassique en particulier) en analysant le fameux théorème de Coase, et plus largement l'ensemble de « *The Problem of Social Cost* », article fondamental pour le développement de l'analyse économique du droit (§1).

Nous nous intéresserons ensuite aux mécanismes économiques rendant possible l'émergence d'un système juridique et de normes (§2). Comment la rationalité et l'efficacité peuvent-elles conduire à l'adoption de « règles » ou de « conventions » implicites ou explicites ? Il s'agira d'étendre et de compléter l'approche de Coase, notamment à l'aide des outils de la théorie des jeux. Ces outils, s'ils ne permettent pas de déterminer l'équilibre final (notamment en raison de l'existence de plusieurs équilibres), éclairent de façon pertinente des raisons de l'émergence du droit, de la morale ou des traditions.

§1. Le théorème de Coase, la redécouverte de l'objet droit au sein de la science économique

Le théorème¹³⁰² de Coase, dont nous devons la première formulation à Stigler¹³⁰³ qui évoque l'égalisation entre les coûts privés et les coûts collectifs en situation de concurrence parfaite, est tiré de l'article « *The Problem of Social Cost* », publié en 1960 dans le *Journal of Law and Economics*. Cet article est souvent considéré comme étant à l'origine de la possibilité d'une analyse économique du droit (ou au moins comme un article fondateur alors que ce n'était pas son

¹³⁰¹ Même Arrow, à l'origine de la théorie de l'équilibre général signale l'importance des institutions (voir en ce sens Kenneth Arrow, *The Limits of Organization*, op cit, spécialement chapitre 1). Il serait même possible d'avancer l'idée selon laquelle la théorie de l'équilibre général, en ce que ses présupposés sont irréalisables (notamment les marchés complets) est en fait une sorte de théorème d'impossibilité de la coordination par les seuls prix.

¹³⁰² Nous présenterons dans un premier temps le théorème dans un sens non technique. Signalons que Elodie Bertrand, dans sa thèse consacrée à cette problématique, préfère parler « des théorèmes » de Coase que du théorème, mettant en avant la divergence entre l'article fondateur et l'interprétation qui en a été faite (Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, 2003, Thèse de Sciences Économiques, Paris I Sorbonne, 369 pages ; nous remercions l'auteur de nous avoir fourni une copie de son travail).

¹³⁰³ George Stigler, *The Theory of Price*, op cit, p 113. Le fait que ce soit Stigler et non Coase qui explique ce qu'est le théorème de Coase est loin d'être banal et laisse entrevoir toutes les difficultés d'interprétation de l'article original. Voir Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit, pp 837-838 présentant différentes formulations « du » théorème.

objectif initial¹³⁰⁴) et constitue une des raisons qui vaudront à Coase l'attribution du prix Nobel d'économie en 1991. Cet article n'est cependant pas original dans la mesure où Coase ne fait qu'étendre (à notre avis) son analyse développée en 1937 sur la nature de la firme¹³⁰⁵ et où Knight peut être considéré, à bien des égards, comme un pré-coasien¹³⁰⁶.

L'article de Coase est aujourd'hui l'un des plus cités¹³⁰⁷ par la littérature juridique et fait l'objet de trop nombreuses études¹³⁰⁸ pour que nous puissions prétendre ici à l'exhaustivité. Nous présenterons les éléments fondamentaux permettant d'en comprendre la logique et l'importance pour l'analyse économique du droit (et la compréhension du droit au sein de celle-ci) et d'en saisir les fondements épistémologiques.

L'article de Coase constitue avant tout une explicitation (finalement imparfaite au regard des divergences d'interprétations dont il a fait l'objet) d'un article publié en 1959 dans le *Journal of*

¹³⁰⁴ Coase explique ainsi que « *Law came into the article because, in a regime of positive transaction costs, the character of the law becomes one of the main factors determining the performance of the economy [...] I had no intention of making a contribution to legal scholarship* » (Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, pp 250-251).

¹³⁰⁵ Nous reviendrons sur ce point par la suite.

¹³⁰⁶ Herbert Hovenkamp, *Law and Economics in the United States: a brief historical survey*, op cit, pp 336-337. Coase reconnaît d'ailleurs explicitement l'influence de Knight, Edmund Kitch, *The Fire of Truth : A remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op cit, p 215; Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 250. On peut même se demander si l'article de Coase ne fait pas écho à un article de Knight (Frank Knight, *Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost*, 1924, *Quarterly Journal of Economics*, vol 38, pp 582-606) ; voir aussi Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 383. Pour un résumé de la position de Knight, voir par exemple James Hackney, *Under Cover Science, American Legal Economic Theory and the Quest for Objectivity*, 2006, Duke University Press, Durham, 238 pages, pp 99-105

¹³⁰⁷ En 1996 il s'agissait même de l'article « juridique » le plus cité de tous les temps. En ce sens, Fred Shapiro, *The Most Cited Law Review Articles Revisited*, 1996, *Chicago Kent Law Review*, vol 71, pp 751-779, p 767. L'article de Coase est cité 1741 fois contre 968 fois pour son dauphin.

¹³⁰⁸ Outre la thèse d'Elodie Bertrand, voir notamment (nous ne mentionnerons ici qu'une infime partie des articles touchant le théorème de Coase, nous n'avons retenu que les articles incontournables à nos yeux) : pour les études générales, par exemple: Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit ; David de Meza, *Coase Theorem*, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, op cit, volume 1, pp 270-282 ; Francesco Parisi, *Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law*, in Jürgen Backhaus (ed), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2e édition, op cit, pp 7-39 (ces 4 premières sources disposent d'une bibliographie étoffée à laquelle on pourra se reporter pour plus de détails) ; on pourra aussi se reporter à l'ensemble des manuels et traités touchant l'analyse économique du droit et qui consacrent tous une partie à ce sujet; pour des études plus spécifiques, voir par exemple: Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto : Carrying Coase Further*, 1991, *Yale Law Journal*, vol 100, pp 1211-1237 ; Robert Cooter, *The Cost of Coase*, 1982, *Journal of Legal Studies*, vol 11, pp 1-33; Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle : Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, op cit; Glenn Harrison et Michael McKee, *Experimental Evaluation of the Coase Theorem*, 1985, *Journal of Law and Economics*, vol 28, pp 653-670 ; Cento Veljanovski, *The Coase Theorem, The Say's Law of Welfare Economics ?*, 1977, *Economic Record*, vol 53, pp 535-541. Signalons aussi que le théorème de Coase commence à faire une timide apparition dans les ouvrages juridiques français : par exemple Bertrand du Marais, *Droit Public de la Régulation Economique*, op cit, pp 63-64.

Law and Economics, traitant de la « commission fédérale des communications » et de l'attribution des fréquences hertziennes par cette commission¹³⁰⁹. Cet article remet notamment en cause le mécanisme de résolution des externalités prôné par Pigou et propose que l'attribution des fréquences soit le résultat d'un mécanisme de prix¹³¹⁰ (c'est donc à partir d'une discussion sur l'efficacité que la question du droit a pu réapparaître en économie). Cette partie de l'article a été considérée comme une erreur par les économistes de Chicago. On a même demandé à Coase de la supprimer de l'article qui allait être publié, ce que Coase refusa, considérant que même s'il s'agissait d'une erreur, l'erreur était intéressante¹³¹¹. Coase fut alors invité à expliciter son point de vue lors d'une soirée chez Director où étaient présents les économistes les plus illustres de Chicago dont Friedman ou encore Stigler. L'histoire veut qu'au début de la soirée sur 21 personnes, 20 étaient opposées à Coase ; après une longue discussion, 21 personnes approuvaient la position de Coase¹³¹². Coase fut alors invité à développer son argument dans un nouvel article¹³¹³, qui deviendra « *The Problem of Social Cost* ».

Cet article a une importance fondamentale pour l'économie du droit car la critique de l'approche pigouvienne des externalités se fait à travers des exemples juridiques, notamment en matière de responsabilité. Par ailleurs, les coûts de transaction obligent à réinsérer le droit comme problématique économique. Du point de vue de la théorie économique, si les coûts de transaction sont nuls et en supposant une tendance vers l'équilibre (un postulat de l'analyse économique), alors le premier théorème de l'économie du bien-être peut être étendu aux cas où il existe des externalités dans l'économie. Si nous avons des externalités une conception extensive¹³¹⁴, toute situation réelle, réinterprétée dans le cadre de l'analyse économique, est efficace.

¹³⁰⁹ Ronald Coase, The Federal Communications Commission, 1959, *Journal of Law and Economics*, vol 2, pp 1-40. Cet article présente déjà les intuitions qui feront l'objet du théorème de Coase, par exemple, p 27 « *the ultimate result (which maximizes the value of production) is independant of legal decision* ».

¹³¹⁰ Sur ce point, voir, Ronald Coase, The Federal Communications Commission, op cit, p 28: « *The institution of private property plus the pricing system would resolve this conflict. The operator whose signal were interferred with, if he had the right to stop such interference, would be willing to forgo this right if he were paid more than the amount by which the value of his service was decreased by this interference or the cost which he would have to incur to offset it* »

¹³¹¹ En ce sens, voir, Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 249

¹³¹² L'anecdote est ainsi racontée par Stigler dans Edmund Kitch, *The Fire of Truth : A remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*, op cit, pp 221

¹³¹³ Ronald Coase, *Law and Economics at Chicago*, op cit, p 250

¹³¹⁴ Voir sur ce point notre traitement des externalités dans le titre 1 de notre première partie. Stigler fait une remarque similaire : « *The world of zero transaction costs turns out to be as strange as the physical world would be without friction. Monopolies would be compensated to act like competitors, and insurance companies would not exist* » (George Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to Scholars*, 1972, *Journal of Legal Studies*, vol 1, pp 1-12, p 12)

Nous avons déjà présenté le théorème de Coase : *en l'absence de coûts de transaction, si les individus sont rationnels et si les droits de propriété sont biens définis et attribués, l'allocation des ressources résultant d'un tel système sera optimale et ne dépendra pas de l'attribution initiale des droits*¹³¹⁵. Autrement dit, qu'un droit de propriété soit attribué à A ou à B ne changera pas l'allocation finale des ressources (et optimale) si les coûts de transaction sont nuls. Dans une telle situation, l'efficacité n'a que faire des considérations de justice (si la justice vise l'attribution initiale des ressources, et que les coûts de transaction sont nuls, alors le résultat économique ne dépendra pas de la justice du système). Si les coûts de transaction ne sont pas nuls, l'attribution initiale des droits pourra avoir une influence sur l'allocation des ressources et donc sur l'efficacité du système économique. Une telle formulation peut apparaître contre intuitive (ce qui explique les réticences initiales à la position de Coase) et demande, en tout état de cause, une explicitation des hypothèses du théorème.

Nous aborderons ici le théorème de Coase sous l'angle de la coordination et du droit. Sous cet angle, le droit apparaît tout d'abord nécessaire pour structurer le monde et rendre possible le processus d'échange (A). Cette première considération correspond à la vision restreinte du théorème de Coase sous l'angle néoclassique. Si l'hypothèse de nullité des coûts de transaction est relaxée (et nous pourrions constater qu'il est impossible, à notre avis, que ces coûts soient nuls), le droit retrouve, potentiellement, un rôle en ce qui concerne l'efficacité du système économique. Nous devons donc analyser le rôle du droit dans un objectif d'efficacité du système économique (B). Cette structuration a aussi l'avantage de suivre l'article de Coase qui commence par s'intéresser au monde des coûts de transaction nuls (premier tiers de l'article mais constituant la partie cruciale pour les économistes néoclassiques) avant d'introduire les coûts de transaction positifs (intéressant plutôt les néoinstitutionnalistes et les économistes des coûts de transaction).

A. Le droit comme condition nécessaire au processus de l'échange et de transaction

Sur les 15 premières pages de l'article « *The Problem of Social Cost* »¹³¹⁶, Coase développe les éléments qui constitueront son *Théorème* en s'intéressant au monde des coûts de transaction nuls.

¹³¹⁵ D'autres formulations existent comme nous l'avons déjà précisé. On pourra se reporter à la thèse d'Elodie Bertrand (Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit) par exemple, spécialement pp 13-14

¹³¹⁶ Qui correspondent aux 5 premières sections de l'article. Signalons que l'article fait 44 pages et que le théorème de Coase n'est tiré que d'environ un tiers de l'article, partie dont les hypothèses sont hautement irréalistes pour Coase (Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 15 : « *The argument has proceeded up to this point on the assumption [...] that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption* ».)

Dans une telle situation, comment comprendre le rôle du droit ? Comment retrouver le droit à partir du code économique classique ? Comment aborder un problème juridique ?

Nous reviendrons tout d'abord sur l'interprétation néoclassique du théorème de Coase (1). Nous analyserons la thèse d'efficacité (en l'absence de coûts de transaction, et si les droits de propriété sont définis, l'allocation des ressources sera efficace) et la thèse d'invariance (en l'absence de coûts de transaction et si les droits de propriétés sont définis, l'allocation initiale des droits n'aura aucune influence sur l'allocation finale des ressources) ainsi que leur origine théorique. La thèse d'invariance ne signifie pas que le droit n'a aucune importance, une des hypothèses du théorème étant justement que les droits de propriété sont déterminés. Le droit apparaît dès lors comme un outil de structuration du monde et comme condition nécessaire aux échanges.

Nous examinerons ensuite la méthodologie d'approche des problèmes juridiques (et des problèmes d'externalités) proposée par Coase (2), méthodologie qui sera à l'origine de la nouvelle solution. C'est parce que la question des externalités est une question réciproque que la solution de Coase peut émerger. Nous pourrions constater que l'utilisation du code économique conduit à de nouvelles interrogations en matière de droit de la responsabilité notamment, puisque les problèmes sont abordés sous l'angle de la réciprocité et non sous l'angle de la causalité.

1. « le théorème de Coase » et son interprétation néoclassique

Comme nous le savons, le théorème de Coase est une excroissance de l'article de Coase dans lequel ce théorème n'est pas explicité. Nous pourrions le constater, cette formulation s'insère parfaitement dans la logique néoclassique dont elle est un prolongement.

Avant de revenir plus spécifiquement sur les deux conséquences du monde des coûts de transaction nuls (b), nous nous pencherons sur la formulation coasienne du problème analysé dans la première partie de son article originel (a). En effet, comme le fait remarquer Cooter : « *Coase gave his name to a fundamental theorem on externalities and tort law, but he left to others the job of stating exactly what the theorem says* »¹³¹⁷.

Nous supposerons ici que les droits de propriété sont bien définis. Cette supposition oblige d'ores et déjà à considérer que le droit est un élément structurant de la logique économique, qu'il est une condition de la coordination des agents par les marchés et le système de prix. Ce point est souligné par Coase : « *It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer*

¹³¹⁷ Robert Cooter, *The Cost of Coase*, op cit, p 14

and recombine them »¹³¹⁸. Sous l'angle économique, rappelons que le droit et la structuration qu'il propose ne peuvent se comprendre que par l'avantage qu'ils fournissent sur les autres modes de coordination des actions. Autrement dit, si l'établissement d'un système juridique est trop « coûteux », des méthodes alternatives peuvent émerger, éventuellement concurremment au système juridique étatique. Cette approche reste cependant en partie biaisée, dans la mesure où il nous semble que tout mode de coordination suppose un certain nombre de normes. Il semble délicat d'opposer coordination par les prix et coordination par le droit puisque le droit rend possible la coordination par les prix. Soulignons aussi que le théorème de Coase ne vise qu'une dimension procédurale : si les coûts de transaction sont nuls, et que la Cour (ou le législateur) est incapable de déterminer pour qui le droit « vaut » le plus, la simple détermination d'une structure juridique permettra d'atteindre la solution efficiente que le système centralisé ne peut découvrir. Ce dernier point fera l'objet d'une étude toute particulière dans la suite de notre thèse¹³¹⁹.

Ces éléments sont à notre avis trop peu soulignés dans les analyses et les présentations du théorème alors qu'ils correspondent (au moins pour le premier) assez naturellement au point de vue des juristes. D'ailleurs, *le droit est une entreprise de structuration du monde et perçoit celui-ci à travers les catégories qu'il s'est lui-même créé.*

a. la première partie de The Problem of Social Cost

Afin de mieux comprendre l'article de Coase, il n'est pas inutile de revenir sur son article de 1937¹³²⁰ et sur l'idée des coûts de transaction (1). C'est en effet par cette voie qu'il permettra la réintroduction du droit comme problématique économique et aboutira à l'article qui donnera naissance au théorème de Coase (2).

Par ailleurs, la combinaison des deux articles fournit une idée capitale : si nous sommes dans un monde dans lequel les coûts de transaction sont nuls alors le théorème de Coase tient mais il ne peut pas exister d'organisations. Si nous sommes dans un monde dans lequel les coûts de transaction sont positifs, alors nous pouvons expliquer la raison des organisations mais le théorème de Coase dans son interprétation néoclassique n'a plus lieu d'être (ou du moins, ses conclusions doivent être amendées et il sera nécessaire de se pencher sur une analyse comparative des différentes méthodes de coordination des agents).

¹³¹⁸ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 8

¹³¹⁹ La fin de ce paragraphe sera consacrée à la typologie du droit que nous pouvons réaliser à partir des travaux de Coase.

¹³²⁰ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit

C'est aussi en raison de l'ambiguïté relative des présupposés de son analyse que différentes interprétations seront données au « théorème », il apparaît dès lors nécessaire de séparer l'article de Coase et ses interprétations.

1. les coûts de transaction et la nature de la firme : éléments structurants de la réflexion coasienne

a. Le lien entre les deux articles de Coase est souligné par Calabresi : « *in a seminal article called The Nature of the Firm [...] Ronald Coase sought to explain the existence of firms, of organizations within which markets were replaced by hierarchy and command. [...] in The Problem of Social Cost, Ronald Coase [...] indicated how markets could replace hierarchy and command structures to the perceived benefit of those who organized them* »¹³²¹. Ce lien est énoncé par Coase lui-même : « *I showed in "The nature of the firm" that in the absence of transaction costs, there is no economic basis for the existence of the firm. What I showed in "The problem of social cost", was that, it does not matter what the law is, since people can always negotiate without cost to acquire, subdivide, and combine rights whenever this would increase the value of production. In such a world the institutions which make up the economic system have neither substance nor purpose* »¹³²². La dernière partie de l'affirmation de Coase est à relativiser puisque la détermination des droits, et donc l'existence d'un système juridique, est considérée comme nécessaire à la réalisation des échanges, même lorsque les coûts de transaction sont nuls (il est donc délicat de considérer que cette institution n'a aucun sens dans la logique économique). Une autre possibilité serait de considérer que tout phénomène de droit (privé ou public) est le symptôme de l'existence d'un coût de transaction, situation complexe puisque dans ce cas, aucun mécanisme de coordination ne pourrait fonctionner. Nous retrouvons ici la question des moyens de coordination et l'arbitrage nécessaire au sein d'un espace défini aux extrêmes par le marché et par l'organisation.

La question posée par Coase dans cet article est finalement assez triviale. Il souhaitait savoir pourquoi il existe des firmes alors que la science économique présente le mécanisme du marché comme *Le coordinateur de l'activité économique*¹³²³. Même s'il ne pouvait pas viser le modèle de la concurrence pure et parfaite, le même type de problème subsiste dans ce dernier modèle (non

¹³²¹ Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto : Carrying Coase Further*, op cit, p 1211

¹³²² Ronald Coase, *The Relevance of Transaction Costs in the Economic Analysis of Law*, in Francesco Parisi et Charles Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, op cit, pp 199-221, p 208

¹³²³ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, p 388 : « *But in the view of the fact that it is usually argued that co-ordination will be done by the price mechanism, why is such organization necessary?* ». Des esprits moqueurs iront même jusqu'à avancer que Coase a obtenu son prix Nobel pour avoir découvert que dans le monde économique, il existait des organisations et que le droit pouvait avoir une importance.

content de ne pas expliquer les phénomènes traditionnels de concurrence, il présuppose des organisations dont il ne peut expliquer la logique)¹³²⁴.

La solution de Coase est simple et répond parfaitement à la logique économique : « *the operation of the market costs something and by forming an organization and allowing some authority (an entrepreneur) to direct the resources, certain marketing costs are saved* »¹³²⁵. Autrement dit, si nous supposons que les individus sont rationnels, que le système de marché fonctionne parfaitement et que le réel est rationnel (ou que le réel correspond au modèle), la seule raison susceptible d'expliquer économiquement l'existence d'organisations (tout en sauvegardant l'idée d'optimalité) est de supposer qu'il existe un coût de passage par le marché (plus connu sous la dénomination de « coûts de transaction »), coût qui pourrait être réduit par la formation d'organisations.

L'existence des firmes n'est dès lors que le résultat d'un calcul coûts-bénéfices et la présence de ces organisations favorise l'efficacité du système économique. Ce calcul coûts-bénéfices permet aussi de déterminer la taille et l'objet des firmes¹³²⁶ (même s'il s'agit avant tout d'une rationalisation ex post).

Cet argument ne peut cependant pas être étendu à l'ensemble des organisations. Si le système juridique est perçu comme une organisation, alors, et nous reviendrons sur ce point, nous arrivons à un paradoxe et le théorème de Coase se transforme en un théorème d'impossibilité (l'impossibilité, même théorique, d'un monde sans coûts de transaction, et d'un système de concurrence pure et parfaite).

b. Se pose alors la question de savoir à quoi correspondent ces coûts de transaction. En effet, à la limite, tout peut être rationalisé si les coûts de transaction sont entendus d'une façon suffisamment large¹³²⁷ : le réel est rationnel et optimal et si cela ne semble pas être le cas, c'est que

¹³²⁴ Cette extension est réalisée en partie notamment par Williamson (Olivier Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, [1985] 1998, Free Press, New York, 468 pages).

¹³²⁵ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, p 392; dans le même sens, voir Ronald Coase, *The Nature of the Firm: Origin*, 1988, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol 4, pp 3-17, spécialement p 17; Ronald Coase, *The Nature of the Firm: Influence*, 1988, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol 4, pp 33-47, spécialement p 34 (l'auteur précise que le lien n'était pas voulu et qu'il existe quelques différences même si la structure de l'argumentation est la même).

¹³²⁶ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, pp 393-394

¹³²⁷ Ce point est signalé par exemple par Fisher, qui, en parlant des coûts de transaction précise qu'ils « *have a well deserved bad name as a theoretical device ... [partly] because there is a suspicion that almost anything can be rationalized by involving suitably specified transaction costs* » (Stanley Fisher, *Long Term Contracting, Sticky Prices and Monetary Policy: a Comment*, 1977, *Journal of Monetary Economics*, vol 3, pp 317-323, p 322). Nous retrouvons la même idée dans Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : *énoncés et critiques microéconomiques*, op cit, p 17

nous ne prenons pas en compte l'ensemble de ses coûts. Si deux individus n'arrivent pas à une solution qui semble profitable, *a priori*, aux deux protagonistes, les coûts de transaction seront les coûts qui empêcheront l'atteinte de cette solution profitable (leur importance est dévoilée par la situation). La circularité de la thèse d'efficacité du théorème de Coase est alors flagrante : en l'absence de coûts de transaction, tous les échanges profitables se produisent et l'efficacité est atteinte ; si nous avons des coûts de transaction et que ces coûts ne permettent pas d'atteindre ce qui semblait *a priori* plus efficace, la solution est toujours optimale et les coûts sont simplement étendus. Nous ne souhaitons pas ici développer dans le détail l'ensemble des difficultés liées à la notion de coûts de transaction¹³²⁸. Nous souhaitons simplement présenter les éléments qui permettent d'enrichir encore le codage économique du droit¹³²⁹.

Coase est loin d'être explicite sur ce point et il semblerait que les coûts de transaction correspondent plus à une catégorie à remplir qu'à une catégorie dont les frontières sont précisément limitées. Dans *The Nature of the Firm*, Coase utilise différentes expressions : « *a cost of using the price mechanism* »¹³³⁰, « *the cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market* »¹³³¹, ou encore « *marketing costs* »¹³³². Ces différentes considérations ne nous aident que peu à connaître l'espace des coûts de transaction, même si Coase nous permet d'en saisir la logique à l'aide d'exemples. Il indique ainsi qu'un des coûts du passage par le marché est d'identifier quels sont les prix pertinents¹³³³.

Dans *The Problem of Social Cost*, il est un peu plus explicite : « *In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on* »¹³³⁴. Les coûts de transaction restent cependant toujours à définir, ce qu'attestent les derniers mots de la

¹³²⁸ La littérature sur le sujet est immense et les controverses nombreuses. Parmi les articles particulièrement intéressants, on pourra aller voir, Steven Cheung, *The Transaction Costs Paradigm*, 1998, *Economic Inquiry*, vol 36, pp 514-521 ; Paul Milgrom et John Roberts, *Economie, Organisation, et Management*, op cit, pp 39-48 ; Carl Dahlman, *The Problem of Externality*, op cit ; ou encore Pierre Schlag, *The Problem of Transaction Costs*, 1989, *Southern California Law Review*, vol 62, pp 1661-1700

¹³²⁹ Il nous semble d'ailleurs que c'est l'objet premier de l'apparition de la notion.

¹³³⁰ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, par exemple p 390

¹³³¹ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, par exemple p 395

¹³³² Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, par exemple p 392

¹³³³ Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, op cit, par exemple p 390: « *The most obvious cost of "organizing" production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information* ».

¹³³⁴ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 15

« définition » proposée par Coase. Il nous semble que Coase souhaitait uniquement fournir un nouvel outil analytique sans vouloir que celui-ci soit trop précis. En effet, tout le projet Coasien visait à identifier des coûts de transaction et à les comparer aux coûts d'organisation¹³³⁵.

Dahlman rendra compte de la position de Coase en considérant que les coûts de transaction correspondent aux « *search and information costs, bargaining and decision costs, policing and enforcement costs* »¹³³⁶. Cette définition sera ici suffisante pour notre propos. Le point majeur reste cependant que, sans une définition précise de ce que sont les coûts de transaction¹³³⁷, l'arbitrage entre le marché et l'organisation ne sera pas aisé (mais le problème a le mérite d'être posé) : soit nous supposons que l'arbitrage est optimal, soit nous supposons qu'il ne l'est pas, mais en aucun cas nous ne pourrions le « démontrer ».

2. extension du raisonnement : le cas de « The Problem of Social Cost » et la réintégration du droit dans la science économique

Le « *Problem of Social Cost* » est avant tout une critique de l'approche pigouvienne des externalités. Selon ce dernier, la résolution des externalités peut passer par des règles de responsabilité, par une taxe ou encore par des subventions (dans le cas des externalités positives). Ces moyens seraient les seuls permettant à l'entreprise d'internaliser l'externalité et d'égaliser son coût privé et le coût social de son activité. En effet, la taxe ou la règle de responsabilité obligerait l'entreprise à tenir compte de tels coûts¹³³⁸.

Coase bat en brèche cette position et avance l'idée que les externalités (mais en fait les externalités ne sont que le symptôme des coûts de transaction trop élevés) peuvent se résoudre par le système de l'échange marchand – elles ne sont pas des défaillances de marché, si nous tenons compte des coûts de transaction. Il reprend la structure du raisonnement développé dans *The Nature of the Firm* et utilise le même outil : les coûts de transaction. La première partie de l'article vise le cas dans lequel les droits de propriété sont bien définis et les coûts de transaction nuls. Sous cette

¹³³⁵ Nous retrouvons une formulation assez similaire dans Mackaay et Rousseau : « *Ces constats nous engagent à une étude comparative pour expliquer jusqu'où telle approche plutôt que telle autre est adoptée pour un problème donné* » (Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse Economique du Droit*, 2008, Dalloz Sirey, Paris, 723 pages, p 198)

¹³³⁶ Carl Dahlman, *The Problem of Externality*, op cit, p 148

¹³³⁷ Pour un tour de la littérature, voir Douglas Allen, *Transaction Costs*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, volume 1, pp 893-926

¹³³⁸ Pour plus de détails sur la méthode pigouvienne, voir Jules Coleman, *The Economic Analysis of Law*, in Roland Pennock et John Chapman, *Ethics, Economics, & the Law*, Nomos XXIV, 1982, New York University Press, New York, 323 pages, pp 83-103, spécialement pp 89-91

hypothèse, le droit n'a qu'un rôle de structuration et aucune influence économique. C'est cette idée qui donnera naissance au « théorème de Coase ».

Le « théorème de Coase » était déjà en germe dans son article sur la commission fédérale des communications. « *Whether a newly discovered cave belongs to the man who discovered it, the man on whose land the entrance of the cave is located, or the man who owns the surface under which the cave is situated is no doubt dependent of the law of property. But the law merely determines the person with whom it is necessary to make a contract to obtain the use of the cave. Whether the cave is used for storing bank records, as a natural gas reservoir, or for growing mushrooms depends, not on the law of property, but on whether the bank, the natural gas corporation, or the mushroom concern will pay the most in order to use the cave. One of the purposes of the legal system is to establish that clear determination of rights on the basis of which the transfer and recombination of rights can take place through the market* »¹³³⁹. Autrement dit, il est possible que le système juridique soit neutre quant à l'allocation finale des ressources et que cette allocation soit uniquement guidée par des considérations d'efficacité (l'idée des coûts de transaction n'est pas présente). Coase sera encore plus clair après avoir donné un exemple dans lequel une externalité existait entre un confiseur et un médecin (fondé sur le cas réel *Sturges v Bridgman*¹³⁴⁰) : « *This hypothetical example shows that the delimitation of rights is an essential prelude to market transactions ; but the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal decision* »¹³⁴¹.

The Problem of Social Cost reprend la logique développée dans l'analyse du cas *Sturges v Bridgman*. Deux exemples sont aujourd'hui devenus canoniques : le cas de l'éleveur et de l'agriculteur et le cas du train et de l'agriculteur. Nous développerons le premier exemple.

Supposons que nous ayons côte à côte un agriculteur et un éleveur. De façon assez prévisible, les vaches de l'éleveur causeront des dommages à l'agriculteur si son champ n'est pas clôturé (supposons que le coût d'une telle action soit de 9€), car elles iront brouter et donc détruire une partie de la récolte. Par hypothèse, nous supposerons que la taille de la culture de l'agriculteur est optimale car le choix de celle-ci s'est effectué sous conditions de concurrence parfaite et que dès lors, la taille de la culture ne varie pas si l'éleveur est supposé responsable, justement car ce qui est

¹³³⁹ Ronald Coase, *The Federal Communications Commission*, op cit, p 25

¹³⁴⁰ *Sturges v. Bridgman*, 1879, Chancery division, volume 11, p 852 et s. On peut aussi trouver l'intégralité du cas ainsi que des commentaires dans Edmund Bennet, High Court of Justice. Court of Appeal. *Sturges v. Bridgman*, 1880, *The American Law Register (1852-1891)*, vol 28, pp 348-355. Le cas est relativement simple. Un médecin intente une action contre un confiseur afin que celui-ci cesse d'utiliser ses machines. Pendant 8 ans, aucun problème n'était survenu. Mais le médecin a construit une salle de consultation au bout de son jardin et donc proche de la confiserie. Les machines empêchant le médecin d'exercer son activité, d'où l'action en justice. La cour décida en l'espèce que le médecin pouvait empêcher le confiseur d'exercer son activité.

¹³⁴¹ Ronald Coase, *The Federal Communications Commission*, op cit, p 27

détruit est payé¹³⁴². Le raisonnement de Coase s'effectue ensuite en équilibre partiel et non en équilibre général en ce sens qu'il ne s'intéresse qu'au cas d'un agriculteur particulier¹³⁴³.

Supposons que l'éleveur dispose déjà de deux vaches et qu'il envisage d'en acheter une troisième. Dans un tel cas, supposons que l'ajout d'une vache cause une perte de 3€ à l'agriculteur. Si l'éleveur est tenu pour responsable des pertes engendrées par ses vaches, il devra verser 3€ à l'agriculteur (par simplicité, nous supposerons que les juges n'auront aucune difficulté à évaluer parfaitement le dommage). Le bénéfice de l'agriculteur restera donc stable, quelle que soit la solution choisie par l'éleveur (si son bénéfice est de X, il gagnera X si l'éleveur ne fait rien et il gagnera $X-3+3 = X$ si l'éleveur prend une nouvelle vache). L'éleveur décidera de prendre une troisième vache si et seulement si le bénéfice marginal tiré de cette troisième vache est supérieur à 3€ (sinon, il devra payer à l'agriculteur plus que ce que la vache ne lui rapporte. Autrement dit la nouvelle vache devra lui rapporter au moins 3 et son bénéfice correspondra à la différence entre ce que la vache lui rapporte et ce qu'il a à payer. Ce gain net sera appelé G). Dans les termes de Coase : « *he will not increase the size of the herd unless the value of the additional meat produced (assuming that the cattle-raiser slaughters the cattle), is greater than the additional costs that this will entail, including the value of the additional crops destroyed* »¹³⁴⁴. Notons que si la perte marginale de l'agriculteur liée à l'ajout d'une vache est supérieure à 9€, l'éleveur aura intérêt à payer pour que le champ de l'agriculteur soit clôturé s'il est tenu responsable des dommages causés par ses vaches.

Coase peut alors conclure : « *I think it is clear that if the cattle-raiser is liable for damage caused and the pricing system works smoothly, the reduction in the value of production elsewhere will be taken into account in computing the additional cost involved in increasing the size of the herd. This cost will be weighed against the value of the additional meat production and, given perfect competition in the cattle industry, the allocation of resources in cattle-raising will be optimal* »¹³⁴⁵. Nous retrouvons dès lors l'hypothèse d'efficacité si les coûts de transaction sont nuls, si les droits de propriété sont bien délimités et si les agents sont rationnels.

Afin de trouver l'hypothèse d'invariance, il faut prendre la situation inverse. Si l'éleveur n'est pas tenu responsable des destructions occasionnées par ses vaches (autrement dit, s'il a le « droit » de détruire la récolte), la solution sera-t-elle la même (l'hypothèse d'invariance fonctionne-t-elle) ? Dans ce cas, l'agriculteur est prêt à payer jusqu'à 3€ l'éleveur pour qu'il ne prenne pas une

¹³⁴² Cette condition est posée par Coase (Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, pp 3-4).

¹³⁴³ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 4. Cette question est intéressante du point de vue de la théorie économique mais n'est pas fondamentale pour comprendre l'argument que nous présentons ici.

¹³⁴⁴ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 3

¹³⁴⁵ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 5

nouvelle vache¹³⁴⁶. L'éleveur ne prendra donc une nouvelle vache que si le gain qu'il espère est supérieur à 3€. Le passage de 2 à 3 vaches fait perdre à l'éleveur 3€ (somme qu'il obtiendrait s'il restait à 2 vaches, n'oublions pas qu'il faut raisonner en termes de coûts d'opportunité¹³⁴⁷) et lui fait gagner au moins 3€ (en reprenant l'idée que la troisième vache lui rapporte 3+G, son bénéfice restera de G si nous raisonnons en termes de coûts d'opportunité). Il est exactement dans la même situation que s'il était tenu responsable des dommages. Son choix ne dépendra pas de la règle juridique à l'œuvre. Comme l'explique Coase, « *In both cases \$3 is part of the cost of adding a third steer, to be included along with the other costs. [...] The size of the herd will be the same whether the cattle-raiser is liable for damage caused to the crop or not* »¹³⁴⁸.

Coase peut alors conclure « *It is necessary to know whether the damaging business is liable or not for damage caused since without the establishment of this initial delimitation of rights there can be no market transactions to transfer and recombine them. But the ultimate result (which maximizes the value of production) is independent of the legal position if the pricing system is assumed to work without cost* »¹³⁴⁹. C'est certainement à partir de cette première formulation que le théorème de Coase se construira. Dans ce cas, il faut donc supposer que les coûts de transaction sont nuls : il n'existe pas de coûts liés à la conclusion des contrats, à la négociation de ceux-ci, à la vérification de leur respect, etc. De même, « *Another consequence of the assumption of zero transaction costs, not usually noticed, is that, when there are no costs of making transactions, it costs nothing to speed them up, so that eternity can be experienced in a split second* »¹³⁵⁰. Cette hypothèse est hautement irréaliste et oblige à tenir compte des coûts de transaction positifs, situation à laquelle Coase consacre les deux tiers de son article. Malheureusement, la théorie économique traditionnelle ne retiendra de l'approche Coasienne que ce qui ne remet pas en cause

¹³⁴⁶ En fait Coase fait l'hypothèse que l'agriculteur propose toujours la somme totale correspondant aux cultures détruites. Ce point est souligné parfaitement par Bertrand (Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, p 95)

¹³⁴⁷ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 7 : « *This \$3 forgone is therefore part of the cost incurred in keeping the third steer* »

¹³⁴⁸ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 7. Même si Coase ne s'intéresse pas à la situation de l'agriculteur, on pourrait faire exactement le même raisonnement. Si l'éleveur accepte l'offre de l'agriculteur, ce dernier perdra 3\$ (payé à l'agriculteur) mais il gagnera 3\$ (puisque son champ ne sera pas détruit), le bénéfice de l'agriculteur restera donc stable. Si l'éleveur n'accepte pas son offre, il perdra 3\$ (destruction du champ) mais il gagnera 3\$ (car il ne donne pas cette somme à l'éleveur). Son bénéfice est donc toujours stable.

¹³⁴⁹ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 8

¹³⁵⁰ Ronald Coase, The Relevance Transaction costs in the Economic Analysis of Law, op cit, p 208. Nous retrouvons ici le problème de la conception de la temporalité que nous avons déjà mentionné lors de notre analyse de la prise en compte de la dynamique au niveau de l'idée d'efficacité. Notons cependant que si nous avons l'éternité, nous n'aurions aucune incitation à essayer de trouver une solution : c'est parce que le temps passe et que le temps est coûteux que les négociations doivent aboutir et que chacun doit essayer de faire un pas vers l'autre. L'affirmation de Coase est donc en partie paradoxale si nous supposons que les agents sont effectivement rationnels.

ses fondements traditionnels. Le travail de Coase, s'il est souvent cité, n'est qu'insuffisamment mis en œuvre et le « monde de Coase » n'est pas celui des coûts de transaction nuls¹³⁵¹.

Si l'analyse de Coase visait originairement la question de la résolution des externalités, la thématique juridique est omniprésente dans l'article. Après avoir analysé la question de l'éleveur et de l'agriculteur, il termine la partie consacrée à la situation dans laquelle les coûts de transaction sont nuls par des exemples juridiques concrets¹³⁵². Il est inutile de revenir ici dans le détail sur les points mentionnés par Coase dans la mesure où il ne fait qu'appliquer la logique du cas de l'agriculteur et de l'éleveur. Coase précise alors, et nous aurons l'occasion de revenir sur une telle affirmation, que « *the immediate question faced by the courts is not what shall be done by whom but who has the legal right to do what. It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production* »¹³⁵³.

b. Les deux conséquences du monde des coûts de transaction nuls et leurs critiques

Des exemples donnés dans les cinq premières sections de l'article, les auteurs vont tirer le théorème de Coase (même si le pluriel serait plus adapté). Signalons à cet égard que Coase ne vise pas à présenter un théorème ou une théorie formalisée, ses arguments ne visent qu'à critiquer la

¹³⁵¹ Ce point est souligné par l'auteur lui-même. En ce sens, voir Ronald Coase, Notes on the Problem of Social Costs, in Ronald Coase, *The Firm, The Market and The Law*, [1988] 1990, Chicago University Press, Chicago, 226 pages, pp 157-186, p 174 : « *The world of zero transaction costs has often been described as a Coasian World. Nothing could be further from the truth. It is the world of modern economic theory, one which I was hoping to persuade economists to leave. What I did in The Problem of Social Cost was simply to bring to light some of its properties* ». En un sens, le théorème de Coase a été « réabsorbé » par l'économie néoclassique qui ne semble pas voir dans la position de Coase une critique de la logique économique traditionnelle. Nous aurons l'occasion de montrer que la position de Coase est encore plus puissante car son théorème est plus un théorème d'impossibilité qu'un théorème visant à favoriser systématiquement le marché sur les méthodes de coordination plus centralisées (même s'il ne faut pas oublier la position politique de Coase qui a certainement eu une influence sur le développement de ses idées).

¹³⁵² Il fait ainsi mention des cas *Sturges v Bridgman*, op cit (opposant un confiseur et un médecin) ; *Cooke v Forbes*, 1867-1868, *Law Report, Equity cases*, vol 6, pp 166 et s. (opposant une manufacture qui par ses fumées gênait le processus de blanchiment de fibres de coco d'une usine textile); *Bryant v Lefever*, 1878-1879, *Common Pleas Division*, vol 4, pp 172 et s. (concernant là encore un problème de fumée, mais entre deux maisons attenantes) ; et *Bass v Gregory*, 1890, *Queen's Bench Division*, vol 25, pp 481 et s. (Opposant un brasseur de bière et un voisin, le conduit d'aération du brasseur débouchant sur le jardin du voisin). Le raisonnement de Coase peut être transposé notamment à l'ensemble des cas du type troubles de voisinage. Si la loi donne certains droits, rien n'empêche les voisins de négocier. Autrement dit, si les coûts de transaction sont nuls, le juge ne fait que déterminer à qui appartient le droit mais ne détermine pas l'allocation finale des ressources. En un sens la décision ne vaut que parce qu'elle va clarifier les droits (ce qui signifie déjà que si le juge doit se prononcer nous ne sommes plus exactement dans un monde dans lequel les coûts de transaction sont nuls).

¹³⁵³ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 15

position de Pigou à travers une série d'exemples. C'est uniquement la volonté de systématisation de la logique proposée par Coase qui « imposera » la découverte d'un théorème (et fera certainement perdre une partie de la subtilité du raisonnement proposé par Coase). Les voies de la sérendipité sont impénétrables.

En ce qui concerne les différentes formulations du théorème de Coase, deux points apparaissent comme centraux¹³⁵⁴. Si les coûts de transaction sont nuls, et que les droits de propriété sont définis, l'allocation finale des ressources sera optimale (thèse d'efficacité) (1). Si les coûts de transaction sont nuls, et que les droits de propriété sont définis, l'allocation finale des ressources ne dépendra pas de l'allocation initiale des droits (thèse d'invariance) (2).

Nous insisterons ici davantage sur les critiques qui peuvent et qui ont été formulées à l'encontre du théorème de Coase (afin de tester sa robustesse) que sur la redémonstration des différentes thèses du théorème. Medema et Zerbe soulignent d'ailleurs que le théorème de Coase n'a jamais été prouvé¹³⁵⁵, il serait donc mathématiquement plus logique d'évoquer la notion de conjecture (même si le dernier théorème de Fermat a été considéré comme un théorème bien avant sa démonstration).

1. la thèse de l'efficacité et les critiques

Suffit-il que les coûts de transaction soient nuls et que les droits de propriété soient définis pour que l'allocation des ressources soit optimale ? Si tel était le cas, et que nous interprétons le théorème de Coase dans le cadre de la concurrence pure et parfaite, il serait possible de quitter toute la logique de la théorie de l'équilibre général : ces seules hypothèses seraient à même de garantir l'efficacité de l'allocation des ressources, sans avoir à s'interroger sur la complétude des marchés¹³⁵⁶ (même si on peut toujours s'interroger sur la présence d'équilibre multiples). N'oublions pas non plus que si nous avons une conception extensive des coûts de transaction alors, dans un monde dans lequel les coûts de transaction sont nuls, la solution est toujours optimale (par définition).

¹³⁵⁴ Cette idée se retrouve par exemple dans Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit, p 838 : « *a casual reading of these statements reveals two general claims about the outcomes* »

¹³⁵⁵ Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit, p 839

¹³⁵⁶ Ce point est par exemple signalé par Elodie Bertrand, *La Thèse d'Efficacité du « Théorème de Coase », Quelle Critique de la Microéconomie*, 2006, *Revue Economique*, vol 57, pp 983-1008, p 990 : « *Cet énoncé du « théorème de Coase » remet en question la nécessité de l'hypothèse de système complet de marchés ou l'absence d'effets externes du premier théorème de l'économie du bien-être. Cependant, l'extension des hypothèses du modèle d'Arrow-Debreu aux externalités est difficilement justifiable* ».

Notons qu'il y a quelque chose d'étrange dans les critiques formulées à l'encontre du théorème de Coase dans le monde des coûts de transaction nuls. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, pour Coase, la question n'est pas de savoir ce qui se produirait dans un monde des coûts de transaction nuls mais de savoir comment prendre en compte l'existence de coûts de transaction positifs. Duxbury précise dans le même sens que « *It was never Coase's argument that transaction costs will be absent from market exchanges* »¹³⁵⁷. Si nous faisons le lien entre *The Nature of the Firm* et *The Problem of Social Cost*, tout ceci devient évident.

Nous nous intéresserons ici aux critiques les plus importantes. Nous ne reviendrons pas sur les critiques idéologiques visant soit à prouver que le théorème n'est que le reflet d'une vision anti étatique¹³⁵⁸, soit qu'il s'agit d'un théorème laissant une trop grande place à la centralisation du droit¹³⁵⁹.

La première critique du théorème (et finalement des deux thèses) viserait son caractère tautologique. Farrell note ainsi que « *of course, it is a tautology that if people negotiate efficiently then every outcome will be efficient (else people would negotiate something better)* »¹³⁶⁰. Calabresi fait de même « *this statement is tautological, at least if one accepts any of the various classic definitions of misallocation* »¹³⁶¹. Il n'est pas judicieux de multiplier les exemples.

Si le théorème est une tautologie, alors il n'apprend rien (et ce serait la critique), il postule l'efficacité plus qu'il ne démontre quoi que ce soit. La tautologie ne vaut que si nous avons une conception extensive des coûts de transaction.

Cette critique manque sa cible. En effet, il nous semble que Coase recherchait cette tautologie. Si effectivement les hommes sont rationnels et que le système du marché est efficace, autrement dit

¹³⁵⁷ Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, pp 388-389.

¹³⁵⁸ Par exemple, Mark Kelman, Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, *Southern California Law Review*, vol 52, pp 669-698 (l'article ne se réduit cependant pas à cette critique) par exemple, pp 674-675 : « *there is the argument that even if the aims of state action were legitimate and the technique of intervention impeccable, "state intervention in the free market system won't work anyway". The Coase Theorem is one of the critical links in the economic version of this view, the proposition that the market, like an untamable river, will knock out attempts to alter its mighty course* ». La position idéologique de Coase a certainement eu une influence mais la réinterprétation du théorème se prête plus à ce genre de critiques (même si les hypothèses sont irréalistes).

¹³⁵⁹ Par exemple, Robert Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, [1991] 2005, Harvard University Press, Cambridge, 316 pages, par exemple pp 137-138 (l'auteur critique essentiellement l'absence de considération pour les normes privées). Voir aussi Robert Ellickson, Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County, op cit dans lequel l'auteur « détaille » sa conception.

¹³⁶⁰ Joseph Farrell, Information and the Coase Theorem, 1987, *Journal of Economic Perspectives*, vol 1, pp 113-129, p 113

¹³⁶¹ Guido Calabresi, Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 67-73, p 68

si le monde se conforme à la théorie économique, le monde aussi est efficient. En partant de ce point de vue et en analysant les « inefficiences » a priori, il sera possible de mettre en lumière les coûts de transaction et soit de travailler à leur réduction tout en laissant un système décentralisé, soit d'intervenir plus directement d'une façon centralisée. *Le théorème n'est donc une tautologie que pour les besoins de la cause et sert, en creux, de critique à la méthodologie de la théorie néoclassique.* Implicitement, Coase suppose que le mécanisme des prix et donc le marché est un mode de coordination efficient¹³⁶².

Si le théorème est une tautologie, Coase n'indique pas le mécanisme qui permet d'atteindre l'efficience. Deux solutions peuvent provenir de la théorie économique : soit le théorème est réinterprété par l'économie néoclassique et ce sera la concurrence qui conduira à l'efficience, soit seule la rationalité individuelle compte et dans ce cas le marchandage interindividuel sera le mécanisme privilégié. Zerbe et Medema précisent ainsi que « *Two basic frameworks can be identified : the « quasi competitive framework », within which all relevant markets are assumed to be perfectly competitive and agents operate more or less along competitive lines in externality negotiation, and the « game theoretic » framework, within which there exist the potential for strategic behavior among affected parties* »¹³⁶³. Cette dichotomie est présente chez la majorité des auteurs¹³⁶⁴ et semble remonter à Cooter¹³⁶⁵.

Nous insisterons essentiellement sur le théorème de Coase dans le cadre du marchandage bilatéral. En effet, comme le montre Bertrand, l'interprétation du théorème dans le cadre de la concurrence ne tient pas¹³⁶⁶. Ainsi, par exemple, dans le modèle concurrentiel, les externalités négatives sont susceptibles d'entraîner des problèmes d'absence de convexité des ensembles de

¹³⁶² Sur ce point, voir Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, p 182 : « on comprend que, pour lui, si on abstrait les « coûts de marché », le mécanisme des prix est parfaitement efficient et il est le mode de coordination exclusif des activités économiques » ou encore p 189 : « l'idée de l'efficience d'un système des prix fonctionnant sans coût semble être un présupposé théorique de Coase ».

¹³⁶³ Steven Medema et Richard Zerbe, The Coase Theorem, op cit, pp 839-840

¹³⁶⁴ Ferey écrit même que « *L'opposition entre marchandage et concurrence est ainsi devenue l'épine dorsale des lectures contemporaines du théorème* » (Samuel Ferey, *Histoire et Fondements de l'Analyse Economique du Droit*, op cit, p 88). Bertrand utilise d'ailleurs cette dichotomie lorsqu'elle analyse la thèse d'efficience du théorème (Elodie Bertrand, La Thèse d'Efficience du « Théorème de Coase ». Quelle critique de la Microéconomie, op cit).

¹³⁶⁵ Robert Cooter, The Cost of Coase, op cit, p 4

¹³⁶⁶ En ce sens, voir Elodie Bertrand, La Thèse d'Efficience du « Théorème de Coase ». Quelle critique de la Microéconomie, op cit et Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, pp 256-265. Bertrand n'est pas la seule à faire ce constat : par exemple, Donald Regan, The Problem of Social Cost Revisited, 1972, *Journal of Law and Economics*, vol 15, pp 427-437, par exemple, p 428 : « *My basic thesis in this essay is that the Coase Theorem is a proposition in the theory of games, and not a proposition about traditional markets or competitive equilibrium* ».

production¹³⁶⁷. De même, « *l'interprétation de l'énoncé coasien du « théorème de Coase » en termes de concurrence parfaite n'est pas cohérente avec les discours d'inspiration coasienne* »¹³⁶⁸ lesquels visent plus un mécanisme décentralisé qu'un mécanisme centralisé du type commissaire priseur walrasien. Enfin, nous pourrions avancer l'idée que l'hypothèse de concurrence¹³⁶⁹ n'explique pas suffisamment le mécanisme d'atteinte de l'équilibre.

La logique du marchandage est plus intéressante dans la mesure où elle renforce l'idée que la logique des coûts de transaction nuls est irréaliste et sort des hypothèses de la concurrence pure et parfaite. Afin de tester la position de Coase, trois questions semblent fondamentales : quel est le modèle de rationalité des agents utilisé par Coase ? Le théorème est-il toujours valable si nous avons plus de deux participants ? Est-il « vrai » que les individus rationnels arrivent systématiquement à se mettre d'accord en l'absence de coûts de transaction ? (La première et la dernière question se rejoignent).

Coase ne développe pas sa conception de la rationalité des agents. Si nous souhaitons conserver la logique de la tautologie, il suffit de considérer que les individus sont rationnels lorsque, placés dans une situation où les coûts de transaction sont nuls, ils arrivent à atteindre une solution Pareto optimale¹³⁷⁰. Autrement dit, la troisième question (qui n'en serait plus une) permettrait de répondre à la première. Notons que sous cette interprétation, ce qui est rationnel pour l'individu est aussi rationnel pour le groupe¹³⁷¹ (le groupe étant composé d'individus, les renégociations individuelles conduisent à l'efficacité) : ceci suppose qu'il existe, par exemple, un niveau optimal de pollution pour les agents (les externalités qui ne sont pas internalisées « prouvent » que leur niveau est optimal).

Si nous souhaitons sortir de la définition tautologique, il est nécessaire d'appliquer le modèle de rationalité néoclassique (dans ce cas la première question disparaît et nous postulons que Coase

¹³⁶⁷ Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : *énoncés et critiques microéconomiques*, op cit, p 263. L'auteur cite un article de Starrett (David Starrett, *Fundamentals Nonconvexities in the Theory of Externalities*, 1972, *Journal of Economic Theory*, vol 4, pp 180-199). Ce problème est aussi mentionné par Cooter (Robert Cooter, *The Cost of Coase*, op cit, p 12).

¹³⁶⁸ Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : *énoncés et critiques microéconomiques*, op cit, p 264.

¹³⁶⁹ Techniquement, il faudrait distinguer entre les différents types de concurrence. En effet, Coase ne pouvait faire référence qu'à la conception de la concurrence mise en évidence par Walras ou par Edgeworth mais en aucun cas au modèle d'équilibre général.

¹³⁷⁰ Ce point est par exemple mentionné par Donald Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, op cit, p 430

¹³⁷¹ Donald Regan, *The Problem of Social Cost Revisited*, op cit, p 430. Nous retrouvons ici la logique de l'efficacité développée précédemment. Si une externalité a lieu entre deux individus, il faudra se demander ce qu'un individu rationnel aurait fait s'il était à la fois le producteur et la « victime » de cette externalité. Par ce raisonnement, la question de la répartition du surplus disparaît.

ne fait que reprendre les « acquis » de la théorie économique). Nous retombons alors sur la question de la définition des coûts de transaction.

En tout état de cause, la question est celle de la répartition du « surplus ». En effet, la thèse d'efficience suppose que tout « surplus » est intégré (dès qu'il existe un surplus, les agents sont supposés se mettre d'accord sur sa répartition et l'ensemble du surplus est intégré). Pour que ce surplus soit « intégré », les agents doivent se mettre d'accord sur sa répartition. Pour sortir du problème, il est possible de postuler que les agents trouvent toujours un accord¹³⁷² et nous retournons alors dans la tautologie.

Si les parties à l'échange ont une information parfaite sur l'utilité de l'autre individu, le théorème de Coase est toujours valable¹³⁷³. On suppose donc que les comportements stratégiques susceptibles de faire échec à la négociation (menaces par exemple), non seulement ne sont pas des coûts de transaction (pour éviter la tautologie) mais disparaissent avec l'information complète (par exemple, il ne peut pas y avoir de menaces crédibles en information complète)¹³⁷⁴. Autrement dit, si en information incomplète, le théorème de Coase peut ne pas tenir¹³⁷⁵, il devrait logiquement tenir en information complète.

Bertrand montre au contraire que « *la nécessité d'une règle de partage, même en information complète, demeure car le problème de répartition demeure* »¹³⁷⁶. En effet, s'il existe un surplus, il faut le répartir entre les agents. Supposer que les agents arrivent à une solution, c'est supposer qu'ils accepteront une « règle de partage ». Si la règle de partage est « claire », il n'y a plus de négociation et il suffit de connaître simplement la taille du « surplus ». Il faut donc présumer d'une manière ou d'une autre, que les agents vont coopérer et donc transformer le jeu de la négociation en jeu de coopération. Comme Cooter le fait remarquer : « *there is no reason why rationally self-interested players*

¹³⁷² Par exemple, Joseph Farrell, Information and the Coase Theorem, op cit 113: « *The Coase Theorem is important only if we believe that efficient negotiation is likely* ».

¹³⁷³ En ce sens, Steven Medema et Richard Zerbe, The Coase Theorem, op cit, p 851. Nous savons que dans le monde réel, les agents ne se mettent pas toujours d'accord, ce que nous avons montré en étudiant la question du jeu de l'ultimatum (mais dans ce cas, il est toujours possible de considérer qu'il existe un coût de transaction qui a fait échouer l'échange ou que l'information n'est pas parfaite).

¹³⁷⁴ Joseph Farrell, Information and the Coase Theorem, op cit 115: « *If everyone knew all about everyone else, it is hard to envision how negotiation could drag on or break down. [...] So we cannot assume that all mutually beneficial contracts are signed, unless we assume that everyone knows everything about everyone, which they do not. The strong form of the Coase theorem-the claim that voluntary negotiation will lead to fully efficient outcomes-is implausible unless people know one another exceptionally well* ».

¹³⁷⁵ Sur les études réalisées sur cette question, voir par exemple, Elodie Bertrand, La Thèse d'Efficience du « Théorème de Coase ». Quelle critique de la Microéconomie, op cit, pp 999-1000

¹³⁷⁶ Elodie Bertrand, La Thèse d'Efficience du « Théorème de Coase ». Quelle critique de la Microéconomie, op cit, p 1003

should agree about how to divide the stakes. The distribution problem is unsolvable by rational players. To eliminate the possibility of noncooperation, we would have to eliminate the problem of distribution, that is, to convert the bargaining game into a coordination game. But it makes no sense to speak about a bargaining game without a problem of distribution »¹³⁷⁷.

La dernière question sur laquelle nous souhaitons nous pencher est celle de la validité du théorème de Coase lorsque plus de deux individus doivent « négocier ». La question sera de savoir si les individus arriveront à une solution. Dans un premier temps, il a été montré que le théorème ne tenait pas nécessairement¹³⁷⁸. Les auteurs ajoutaient non seulement un autre intervenant mais aussi une seconde externalité. Dans un tel cas, il était possible d'aboutir à un cycle dans lequel les individus n'arrivaient pas à se mettre d'accord (justement car il n'y avait pas de « cœur ») : « *in a world of zero transaction costs, the inherent instability of all coalitions would result in endless recontracting among the firms* »¹³⁷⁹. Coase a eu l'occasion de critiquer ces résultats et il semblerait que le théorème tienne aussi dans cette situation¹³⁸⁰. A noter que Bernholz propose pour sortir des problèmes soulevés par Aivazian et Callen d'introduire des limites à la liberté de rompre les contrats¹³⁸¹, autrement dit, il réintroduit des coûts de transaction via l'existence du respect des contrats ou alors il ajoute aux règles du jeu le principe selon lequel les contrats ne peuvent être rompus en toutes circonstances (on ajoute donc une hypothèse au théorème de Coase classique).

2. la thèse d'invariance du droit : le droit comme simple outil de structuration des échanges

Avant de présenter les critiques de la thèse d'invariance, nous reviendrons sur quelques conséquences de cette thèse particulièrement intéressante pour la conception du droit.

Si le théorème est valide et si nous sommes dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, l'hypothèse d'invariance précise que, quelle que soit la personne à qui le droit est attribué,

¹³⁷⁷ Robert Cooter, *The Cost of Coase*, op cit, p 17. Notons aussi que sans coûts de transaction, il n'existe aucune incitation à déterminer une règle de partage.

¹³⁷⁸ Varouj Aivazian et Jeffrey Callen, *The Coase Theorem and the Empty Core*, 1981, *Journal of Law and Economics*, vol 24, pp 175-181

¹³⁷⁹ Varouj Aivazian et Jeffrey Callen, *The Coase Theorem and the Empty Core*, op cit, p 179

¹³⁸⁰ Ronald Coase, *The Coase Theorem and the Empty Core: A Comment*, 1981, *Journal of Law and Economics*, vol 24, pp 183-187. Voir aussi Jean de Bornier, *The Coase Theorem and the Empty Core: A Re-examination*, 1986, *International Review of Law and Economics*, vol 6, pp 265-271

¹³⁸¹ Peter Bernholz, *Property Rights, Contracts, Cyclical Social preferences, and the Coase Theorem: a Synthesis*, 1997, *European Journal of Political Economy*, vol 13, pp 419-442

l'allocation finale des ressources sera la même. Que l'éleveur ou l'agriculteur possède le droit ne change rien, l'éleveur décidera d'augmenter le nombre de ses vaches uniquement si cela est rentable. *Dans un tel cas, les considérations de justice visant l'attribution initiale des droits n'ont aucune influence sur l'efficacité du système.* Il est alors possible de découpler justice et efficacité. Si par contre la thèse d'invariance ne tient pas (ou s'il existe des coûts de transaction), le droit retrouve un rôle dans la détermination de l'allocation finale des ressources mais ne joue pas un rôle en ce qui concerne l'efficacité du système économique (puisque la thèse d'efficacité et la thèse d'invariance peuvent être découplées).

La difficulté première rencontrée avec l'hypothèse d'invariance est celle du point de départ de l'analyse. Suppose-t-on que, en partant d'un système où les droits de propriété sont définis et la règle de responsabilité en faveur de l'agriculteur, l'allocation finale des ressources ne change pas si la règle de responsabilité disparaît ? Ou suppose-t-on que l'hypothèse d'invariance, comme son nom l'indique signifie que si les droits de propriété sont définis sans que la règle de responsabilité ne soit pas précisée l'éleveur sera en capacité d'agir et le système sera, quoi qu'il arrive, efficace ?

Si nous suivons le raisonnement de Coase, l'hypothèse d'invariance signifie qu'il est possible d'agir avant même que la règle de responsabilité ne soit définie (puisque le droit n'a aucune influence, l'individu rationnel pourra prendre sa décision avant la fixation de la règle de responsabilité). Si nous raisonnons en termes de coûts d'opportunité (et non en termes de transfert monétaire¹³⁸²), le droit n'aura pas d'influence sur la répartition des ressources : dans tous les cas l'éleveur gagnera G (en supposant qu'il décide de mettre une nouvelle vache) et l'agriculteur ne verra pas son profit augmenter ou diminuer.

Evidemment, cette solution fonctionne uniquement si nous supposons que le point de départ permettant de déterminer si l'hypothèse d'invariance tient est situé avant la décision concernant l'attribution des responsabilités (et qu'en un sens la négociation se produise avant en envisageant les différentes hypothèses). Si le point de départ est situé après, il semble a priori plausible que la thèse d'invariance ne tienne plus, parce que la connaissance de l'attribution peut modifier les choses¹³⁸³ (notamment car le transfert monétaire devient très concret). En effet, la variation dans l'attribution des responsabilités semble devoir avoir un impact sur l'allocation finale des ressources. Si, avant que la règle de responsabilité ne soit déterminée, il semble plausible que le prix touchant l'acquisition et celui touchant la perte du droit (nous retrouvons les WTA et WTP

¹³⁸² Car dans ce cas, bien évidemment, l'hypothèse d'invariance tomberait... si nous supposons que l'hypothèse vise aussi ce genre d'invariance.

¹³⁸³ Ce qui peut remettre en cause l'hypothèse de rationalité de Savage.

que nous avons déjà développés) sont identiques, après cette détermination, il est fort probable que la situation change (ce que nous avons déjà montré en ce qui concerne la WTA et la WTP).

La plupart des critiques se fondent sur la seconde interprétation et il semble que la première soit logiquement inattaquable. Nous ne développerons donc que les critiques de l'invariance fondées sur ce type de problème. La première concerne la variation physique de la richesse : l'attribution des droits modifie les revenus et donc, potentiellement, le résultat de la négociation. La seconde concerne la différence entre la WTA et la WTP et son influence sur les négociations (et donc la thèse d'invariance). Pour reprendre la typologie de Bertrand et, Mackaay et Rousseau, la première correspond à un effet de distribution des richesses (ou effet revenu) et la seconde à un effet de dotation¹³⁸⁴.

D'autres problèmes ont été mentionnés en ce qui concerne la thèse d'invariance et notamment la supposition implicite de l'existence de rentes (car les individus doivent pouvoir payer les droits), incompatible avec l'hypothèse de concurrence parfaite et susceptible dès lors d'entraîner des problèmes de convexité¹³⁸⁵. Coase répondra à cette critique qui apparaît aujourd'hui non fondée¹³⁸⁶. Dans la même logique, certains auteurs ont remis en cause la validité du théorème sur le long terme, tout en acceptant l'hypothèse d'invariance sur le court terme. Calabresi formulera par exemple ce type de critique avant de se raviser¹³⁸⁷. Pour Demsetz, « *The question of long run considerations has been raised because it would seem that different liability rules would alter the profitability of*

¹³⁸⁴ Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, pp 233-245 (les problèmes sont très bien détaillés et nous renvoyons à ce travail pour plus d'informations sur ces questions) ; Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *L'Analyse Economique du Droit*, op cit, pp 192-194 (en fait, ce qu'ils entendent par distribution des richesses touche en fait la question de la validité du théorème de Coase sur le long terme).

¹³⁸⁵ Pour une critique de ce type, voir par exemple Stanislaw Wellisz, On External Diseconomies and the Government – Assisted Invisible Hand, 1964, *Economica*, vol 31, pp 345-362 (l'auteur évoque les rentes ricardiennes). Voir aussi Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, pp 250-254

¹³⁸⁶ Voir par exemple Ronald Coase, Notes on the Problem of Social Cost, op cit ; Steven Medema et Richard Zerbe, The Coase Theorem, op cit, pp 840-841; Samuel Ferey, *Histoire et Fondements de l'Analyse Economique du Droit*, op cit, pp 81-84.

¹³⁸⁷ Guido Calabresi, The Decision for Accidents : An Approach to Non Fault Allocation for Costs, 1965, *Harvard Law Review*, vol 78, pp 713-745 (l'article formule la critique) et Guido Calabresi, Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules : A Comment, op cit, spécialement p 67. Calabresi n'est évidemment pas le seul à avoir formulé la critique et à s'être interrogé sur la validité du théorème sur le long terme : Donald Regan, The Problem of Social Cost Revisited, op cit, p 432 ou encore Warren Nutter, The Coase Theorem on Social Cost : A Footnote, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 503-507.

remaining inside or outside each industry »¹³⁸⁸. Ces difficultés concernent des aspects techniques et ont fait l'objet de travaux suffisamment détaillés pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir.

En ce qui concerne l'effet de revenu, le problème est relativement simple. En possédant un droit, un individu (consommateur) possède plus de revenu ce qui altère sa demande¹³⁸⁹ et donc, potentiellement (si les goûts des individus sont différents) l'allocation finale des ressources. Ce point a été rapidement mis en avant par la littérature¹³⁹⁰. Si un individu possède le droit, il est possible que son revenu augmentant, la valeur du droit ne soit plus la même. Dès lors, la négociation sera différente s'il possède ce droit ou s'il ne le possède pas, car l'évaluation du droit par l'agent ne sera pas la même dans les deux cas. La détermination de la règle de responsabilité aura donc une influence sur l'allocation finale des ressources.

Cette critique est puissante et il semblerait que la seule solution soit de postuler l'absence d'effets de revenu (ou du moins le caractère négligeable de ces effets) si nous voulons que la thèse d'invariance tienne. Zerbe et Medema précisent que « *The force of the income effects critique has been reflected in one of the few major modifications of the standard structure of the Coase Theorem : the addition of the assumption of no income effects or the qualifier « income effects aside », as reflected in several of the statements of the Coase Theorem* »¹³⁹¹.

Même en postulant l'absence des effets de revenu, la divergence entre WTA et WTP (qui peut résulter d'autre chose que des effets de revenu) relance la difficulté. Comme nous avons déjà discuté des « *endowment effect* » (qui supposent donc que les préférences des individus ne sont pas

¹³⁸⁸ Harold Demsetz, When Does the Rules of Liability Matter, 1972, *Journal of Legal Studies*, vol 1, pp 13-28, p 19. L'article donne une réponse à cette critique et ne remet pas en cause le théorème de Coase. En fait, il s'avère que le prix des ressources va s'ajuster ce qui permet de maintenir la thèse d'invariance.

¹³⁸⁹ Il est admis par la théorie économique que les entreprises ne sont pas sujettes aux effets de revenu car leur objectif reste la maximisation du profit. Ceci ne veut pas dire que la modification de la règle de responsabilité n'a pas une influence puisqu'en modifiant le profit physique de l'entreprise, cela modifie le profit physique des dirigeants et actionnaires qui eux, sont consommateurs. Dans le cas de l'éleveur et de l'agriculteur, le raisonnement n'est valable que si nous supposons qu'ils louent leur terre (pour que le prix de location s'ajuste)... mais alors les propriétaires des terres vont en subir les conséquences (ce point est mentionné par Robert Ellickson, The Case for Coase and Against « Coaseanism », 1989, *Yale Law Journal*, vol 99, pp 611-630, p 626). La réfutation que Coase propose et qui vise directement les effets de revenu (Ronald Coase, Notes on The Problem of Social Cost, op cit, p 174 : « *apart from such cataclysmic events as the abolition of slavery, these effects will normally be so insignificant that they can safely be neglected* ») ne tient pas (d'autant plus qu'il a modifié, partiellement, la position présentée dans Ronald Coase, The Federal Communications Commission, op cit, p 27), sauf à postuler qu'effectivement les effets de revenu peuvent être négligés.

¹³⁹⁰ Voir par exemple, James Buchanan et W Craig Stubblebine, Externality, op cit, p 383 ; Ralph Turvey, On Divergences Between Social Cost and Private Cost, 1963, *Economica*, vol 30, pp 309-313, p 310 ; ou encore Ezra Mishan, Pareto Optimality and the Law, 1967, *Oxford Economic Papers*, vol 19, pp 255-287.

¹³⁹¹ Steven Medema et Richard Zerbe, The Coase Theorem, op cit, p 848

totale­ment exogènes), il est inutile ici d'y revenir¹³⁹². Notons que le problème n'est pas le même lorsqu'il concerne les entreprises puisqu'elles recherchent la maximisation du profit (par hypothèse) et sont dès lors moins sensibles à ce type de difficulté.

La thèse d'invariance peut donc être remise en cause, si le point de départ de la réflexion se situe postérieurement à la première règle de responsabilité¹³⁹³. Comme l'expliquent Schäfer et Ott : « *The Coase theorem is, therefore, only applicable when such effects can be excluded, taken account of by redistributive instruments, or ignored because for all intents and purposes the redistribution of wealth has no practical importance. In more general terms, we could say that the Coase theorem must include an additional condition: not only must transaction costs be zero, but the legal arrangements must be allocatively neutral* »¹³⁹⁴. Autrement dit, comme la thèse de l'invariance ne tient pas, on la crée artificiellement en supposant que l'allocation des droits est neutre, ce qui brise l'idée selon laquelle l'allocation des droits touche les questions de justice et peut même avoir pour objectif la justice. Dans un tel cas, la thèse de l'invariance ne découle pas du théorème mais des postulats de base.

2. le droit dans la perspective du théorème de Coase

Le théorème de Coase est central à l'analyse économique du droit. Si nous acceptons les deux thèses de ce théorème et si nous considérons qu'il n'existe pas de coûts de transaction, peut se poser la question de la signification du droit dans la perspective coasienne. Cette question a déjà été survolée dans l'étude du théorème et nous souhaitons insister sur plusieurs dimensions.

Nous examinerons plus en détail la vision d'un droit comme simple structure du réel et condition pour les échanges (a) et, notamment, ce qu'une telle position sous-tend. L'idée de droit comme condition de coordination efficiente des agents apparaît ici clairement. Nous examinerons ensuite la critique coasienne de la catégorie de la causalité (b) et le renversement qu'elle implique dans l'étude des questions de responsabilité.

¹³⁹² Pour un détail de cette question, voir Elodie Bertrand, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, op cit, pp 242-245 qui détaille l'origine possible de la divergence entre WTA et WTP. L'auteur précise ainsi : « *Sans prétendre être exhaustif, on trouve trois principaux types d'explication théoriques de l'effet dotation : des défauts de substituabilité, l'aversion pour la perte et, enfin, la responsabilité morale pour certains biens spécifiques, en particulier environnementaux* » (p 242).

¹³⁹³ Ceci est d'ailleurs validé empiriquement notamment par les travaux de Kahneman ou encore Thaler (en ce sens, voir Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit, pp 861-863)

¹³⁹⁴ Hans Bernd Schäfer et Clauss Ott, *Economic Analysis of Civil Law*, op cit, p 92. Notons que les auteurs ajoutent l'idée de la compensation des effets de richesse. En un sens, si les droits sont bien spécifiés, la modification de la règle juridique entraînera des compensations (ce qui fait dire à Medema et Zerbe que le problème vient en fait d'une absence de définition précise des droits de propriété (Steven Medema et Richard Zerbe, *The Coase Theorem*, op cit, p 849, signalons à cet égard que les références qu'ils donnent sont imprécises et que leur raisonnement est délicat à suivre)).

a. le droit, un outil pour structurer le réel et rendre possible des négociations

Dans son article, Coase évoque surtout les droits de propriété et non le droit en général. Nous commencerons donc par souligner l'importance des droits de propriété dans la perspective coasienne (1). Le caractère central des droits de propriété impose une réflexion sur l'appréhension de ces droits par l'analyse économique du droit (2).

1. L'importance des droits de propriété pour structurer le monde et permettre les transactions

Dans le monde des coûts de transaction nuls, les droits de propriété sont une condition *sine qua non* (en première analyse tout du moins) de l'existence et du bon fonctionnement des marchés. Coase écrit ainsi dans son article de 1959 : « *if no property rights were created in land, so that everyone could use a tract of land, it is clear that there would be considerable confusion and that the price mechanism could not work because there would not be any property rights that could be acquired* »¹³⁹⁵. Autrement dit, les droits de propriété sont une condition de la coordination par les marchés des agents économiques : « *One of the purposes of the legal system is to establish that clear delimitation of rights on the basis of which the transfer and recombination of rights can take place through the market* »¹³⁹⁶.

L'idée est en un sens triviale : si les marchés visent l'échange de biens, cela suppose que ces biens « appartiennent » à quelqu'un, sans quoi l'échange n'aurait aucun sens (quel acheteur achèterait quelque chose dont il n'aurait pas la propriété, et que signifierait même « achat » qui suppose échange de valeur ? Comment concevoir l'échange si ni l'acheteur, ni le vendeur n'ont la propriété de ce qu'ils échangent ?) et le système des marchés ne pourrait, si ce n'est naître, au moins perdurer. Suivant la même logique, sans droits de propriété, le fonctionnement des entreprises est lui aussi remis en cause : « *A private enterprise system cannot function properly unless property rights are created in resources, and when it is done someone wishing to use a resource has to pay the owner to obtain it* »¹³⁹⁷.

Le droit (entendu largement comme susceptible de donner des repères communs) est donc, *a minima*, une condition d'existence du système économique (visant la coordination par les marchés des agents individuels ou collectifs). Plus encore, il détermine les formes possibles du système économique puisqu'il contraint celui-ci par les catégories qu'il pose. En définissant ce que signifient la propriété et l'extension de ce droit, il existe logiquement une limitation sur les

¹³⁹⁵ Ronald Coase, The Federal Communications Commission, op cit, p 14

¹³⁹⁶ Ronald Coase, The Federal Communications Commission, op cit, p 25

¹³⁹⁷ Ronald Coase, The Federal Communications Commission, op cit, p 14

échanges possibles à partir de ceux-ci. L'économie moderne s'est fondée sur les catégories « occidentales » de propriété pour se développer et il est possible qu'en utilisant une autre notion de « propriété » l'économie eut été différente.

Pour que le droit soit un véritable outil de coordination et que les individus soient « forcés » de négocier pour recomposer les droits existants, Coase suppose implicitement que ces droits sont soit respectés volontairement par les individus (hypothèse peu probable pour des individus rationnels), soit assortis de pénalités effectives (puisque les agents sont rationnels) suffisamment sévères pour les personnes qui ne les respectent pas. Notons que la différence « économique », nous y reviendrons¹³⁹⁸, entre un droit de propriété et une règle de responsabilité se trouve dans le niveau de la sanction. La règle de responsabilité vise l'indemnisation de la victime (elle compense) ; dans le cas d'une règle de propriété, il faut que la sanction soit suffisamment forte pour que l'individu n'ait aucun intérêt à ne pas la respecter (ce qui explique le recours aux règles de droit pénal notamment). Dans le premier cas, le juge doit avoir une information beaucoup plus importante que dans le second¹³⁹⁹ (ce qui explique que le monde ne soit pas fait que de règles de responsabilité ; même si ces règles sont parfois optimales), car le juge doit être capable d'évaluer parfaitement l'indemnisation (sans quoi, la situation ne serait pas optimale).

Dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, la règle de responsabilité ne sert à rien, la règle de propriété est suffisante. Signalons à cet égard que Coase est ambigu sur cette question. En effet, dans *The Problem of Social Cost*, il évoque une règle de responsabilité¹⁴⁰⁰ tout en évoquant par la suite l'idée que « *the right to do something which has a harmful effect (such as creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production* »¹⁴⁰¹. Soit il s'agit d'une réelle règle de responsabilité mais le juge doit avoir une information parfaite et les individus n'auront pas à négocier ; soit il s'agit d'une règle de propriété (ce à quoi pourrait faire penser l'idée de facteur de production, d'autant plus que sa « révolution » est de concevoir ces facteurs comme des droits) et les individus sont alors tenus de négocier¹⁴⁰². Notons que le théorème de Coase ne fait mention que des règles de propriété et non des règles de responsabilité (qui n'ont aucun intérêt, nous le verrons, dans le

¹³⁹⁸ La dernière partie de ce paragraphe sera consacrée à la typologie des droits sous l'angle de la coordination économique.

¹³⁹⁹ Sur ce point, voir par exemple, David Friedman, *Law's Order*, op cit, p 58: « *Protecting my right to my car with a liability rule would be an expensive approach and one that could frequently lead to inefficient transfers* ».

¹⁴⁰⁰ Par exemple, Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, p 2: Coase évoque clairement la règle de responsabilité dans le titre de sa section 2 « *The pricing system with a liability for damage* ».

¹⁴⁰¹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 44

¹⁴⁰² En un sens, en analyse économique du droit, les droits de propriété ne sont définis que par la nécessité de négocier pour en effectuer le transfert et non par l'idée d'un « bien ». Ces points seront précisés dans la suite de notre thèse.

monde des coûts de transaction nuls¹⁴⁰³). La mention de règle(s) de responsabilité nous semble donc plus servir la démonstration de Coase que correspondre à sa véritable idée.

Par ailleurs, Coase suppose que les juges sont à même d'identifier les droits de propriété et de sanctionner de façon efficiente. Lorsqu'il évoque l'idée selon laquelle les droits sont bien définis, il vise une définition certes cohérente mais aussi accessible à moindre coût (voire même aucun dans le cas des coûts de transaction nuls ; la question de l'interprétation n'a ici aucune place). Si les différents partenaires ont des conceptions différentes de leurs droits mais qu'ils peuvent obtenir cette information à moindre coût, les conflits peuvent être évités et les négociations reprendre.

Si les droits de propriété semblent bien définis, que les coûts de transaction semblent nuls, et que la justice est effective (et que ceci est une connaissance commune), le simple fait d'aller devant le juge prouverait que les droits de propriétés ne sont pas parfaitement définis (ou que les coûts de transaction ne sont pas nuls¹⁴⁰⁴).

Une autre difficulté touche la conception de l'origine du droit pour Coase. En effet, il semble se rattacher à une conception essentiellement étatique du droit. Or, son théorème, pour fonctionner, suppose en fait que les individus partis à la négociation s'accordent sur la répartition des droits de propriété entre eux. S'il existe en plus un mécanisme de « contrôle » incitant les individus à respecter les droits définis de façon « privée », la conception étatique de l'effectivité des normes n'est pas nécessaire. En un sens la distinction entre le *law & economics* et le *lawlessness and economics* touche uniquement le caractère privé ou public du « droit » au sens ici de règles de coordination ou de règles de structuration de la réalité (ce qui fait que l'appellation de *Lawlessness* est quelque peu trompeuse). Dixit explique ainsi que « *LLE [Lawlessness and Economics] in its purest form assumes that the government's law is completely absent or ineffective, and examines purely non governmental alternatives that attempt to perform some of the same functions* »¹⁴⁰⁵.

Rien n'empêche donc une petite communauté de fonctionner avec des règles de propriété différentes des règles « étatiques » sans pour autant que cela soulève des difficultés¹⁴⁰⁶. Il est aussi

¹⁴⁰³ Notons cependant que dans le monde des coûts de transaction positifs, ces règles sont fondamentales.

¹⁴⁰⁴ *Infra*, un moyen pour sortir de la dualité des possibilités serait de considérer que l'absence de coûts de transaction signifie que les règles de propriété sont bien définies.

¹⁴⁰⁵ Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, op cit, pp 8-9. Voir aussi p 9 où l'auteur explique que l'analyse économique du droit et la LLE « *can be regarded as two mutually exclusive and jointly exhaustive subfields of the larger field of economic governance ; of course in reality there are overlaps and omissions* ».

¹⁴⁰⁶ En ce sens, l'analyse économique du droit « pure » ne permet pas (ou du moins ne semble pas permettre) de résoudre le problème « mafia » de Kelsen.

tout à fait vraisemblable que les individus, avant de recourir aux règles juridiques, préfèrent négocier entre eux, et que le socle de base de la négociation ne soit pas le socle « juridique »¹⁴⁰⁷. D'ailleurs, l'ensemble des règles de coordination ne correspond pas à des règles « juridiques » (toutes les règles visant les interactions des agents ne sont pas des règles juridiques, il suffit de penser à la morale, aux traditions, etc. Ces règles correspondent largement, avec les règles juridiques, à la notion d'institutions¹⁴⁰⁸).

Cette dimension constitue le thème principal de l'ouvrage d'Ellickson, *Order Without Law*¹⁴⁰⁹. Ellickson écrit ainsi que « *In analyzing the effects that changes in law might have on human interactions, Coase implicitly assumes that governments have a monopoly on rulemaking functions* »¹⁴¹⁰. De même, il reproche à Coase, mais aussi à l'ensemble des auteurs de l'analyse économique du droit, de considérer que les individus se coordonnent uniquement sur les règles « juridiques »¹⁴¹¹. Dans son étude, il montre au contraire que les « *residents instead typically look to informal norms to determine their entitlements in animal trespass situations* »¹⁴¹². Ce choix peut s'expliquer économiquement par une analyse coûts-bénéfices¹⁴¹³. Autrement dit, les théoriciens doivent tenir compte à la fois des règles formelles et des règles informelles. Si cette conception est certainement juste, rien n'empêche, méthodologiquement de séparer ces deux niveaux.

¹⁴⁰⁷ C'est d'ailleurs traditionnellement ce qu'il se passe. Si les règles juridiques sont « bien faites », la négociation est toujours possible car les individus connaissent les « risques » en allant devant les tribunaux... ce qui ne veut pas dire qu'aucun procès ne peut survenir.

¹⁴⁰⁸ Par exemple, Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, op cit, p 5. L'auteur précise, en se référant à North que « *institutions are the overarching framework of rules and constraints, formal and informal, that govern interactions among individuals; constitutions and social norms are example* ».

¹⁴⁰⁹ Robert Ellickson, *Order Without Law, How Neighbors Settle Disputes*, op cit. Nous nous intéresserons ici essentiellement à son article sur Coase (Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, op cit) qui constitue d'ailleurs la première partie de l'ouvrage. Les références seront données par rapport à l'article original.

¹⁴¹⁰ Robert Ellickson, *Order Without Law, How Neighbors Settle Disputes*, op cit, pp 138-139

¹⁴¹¹ Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, op cit, p 685: « *Coase's Parable of the Farmer and the Rancher, like most writing in law and economics, implies that disputants look solely to formal legal rules to determine their entitlements* ».

¹⁴¹² Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, op cit, p 685

¹⁴¹³ Nous ne pourrions pas expliciter ici cette analyse. Globalement, l'idée est que le recours aux normes légales est coûteux : il faut acquérir l'information, souvent passer par un avocat, le temps pour obtenir une résolution est parfois trop long, etc... Dès lors donc, et c'est l'hypothèse d'Ellickson, « *the norms that govern the relations among members of a group tend to maximize the aggregate wealth of group members* » (Robert Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, op cit, p 687). Ce rapport de niveaux (règles formelles, règles informelles) sera étudié plus dans la seconde partie de notre thèse. La mise en évidence d'un continuum normatif entre les règles formelles et les règles informelles est particulièrement intéressante.

2. Quelques éléments sur le concept de droits de propriété dans l'analyse économique du droit

a. Afin de mieux saisir le théorème ainsi que l'idée des droits de propriété développée par Coase (et les limitations éventuelles du concept) reprise par les économistes du droit, il faut s'interroger à leur nature. Si les droits de propriété sont aussi importants, il convient de savoir ce que Coase entend exactement par droits de propriété.

Ce sont les droits qui sont échangés et non les biens : « *I explained in "The Problem of Social Cost" that what are traded on the market are not, as is often supposed by economists, physical entities, but the rights to perform certain actions, and the rights which individuals possess are established by the legal system* »¹⁴¹⁴. Autrement dit, le droit de propriété correspond à un ensemble de *droits* permettant de faire et non à « un » droit particulier global permettant de « tout faire » sous réserve de la loi et des règlements (nous retrouvons alors la définition de l'article 544 du code civil français). Pour reprendre la distinction proposée par Barzel, « *Economic rights are the end (that is, what people ultimately seek), whereas legal rights are the means to achieve the end* »¹⁴¹⁵. Pour un économiste, il ne s'agit pas de savoir s'il existe un droit de propriété sur une voiture par exemple, mais les droits que cette « propriété » emporte. Dès lors les droits ne sont conçus que sous l'angle de l'utilité (conséquences du droit) et ne sont pas conceptualisés en tant que droit (ce qu'est le droit), la dimension substantielle du droit prime sur sa dimension formelle.

Certains auteurs ont signalé que la conception économique des droits de propriété était différente de la conception « juridique » traditionnelle¹⁴¹⁶. D'autres considèrent au contraire qu'il s'agit de la même chose, du moins au niveau de la structure¹⁴¹⁷. Les économistes et les économistes du droit s'intéressent en effet à la dimension interpersonnelle plus qu'à la dimension « réelle », « *Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a*

¹⁴¹⁴ Ronald Coase, The Institutional Structure of Production, 1992, *American Economic Review*, vol 82, pp 713-719, p 717. Ce point est mentionné dans Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 44: « *We may speak of a person owning land and using it as a factor of production but what the land owner in fact posses is the right to carry out a circumscribed list of actions* ».

¹⁴¹⁵ Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, op cit, p 3

¹⁴¹⁶ Outre Barzel, voir par exemple: Thomas Merrill et Henry Smith, What Happened to property in Law and Economics ?, 2001, *Yale Law Journal*, vol 111, pp 357-398 (qui s'intéresse en fait plus à la distinction entre droits réels et droits personnels et aux différentes conceptions « post coasiennes » des droits de propriété); Daniel Cole et Peter Grossman, The Meaning of Property "rights": Law vs Economics, 2002, *Land Economics*, vol 78, pp 317-330 (qui s'intéresse notamment aux différentes conceptions du droit de propriété dans la littérature économique).

¹⁴¹⁷ Par exemple, Antony Dnes, *The Economics of Law*, 2005, Thomson West, Mason, 226 pages, par exemple p 15 : « *Economists and lawyers regard property in terms of a bundle of rights specifying what a person can do with resources, i.e, a bundle of entitlements* ».

« *thing* »¹⁴¹⁸. Cette dernière conception qui touche finalement l'interprétation réaliste des droits de propriété est considérée aujourd'hui comme l'orthodoxie, au moins aux Etats-Unis¹⁴¹⁹. Assez classiquement un lien a été fait avec Hohfeld¹⁴²⁰ qui considérait que « *What is here insisted on – i.e. that all rights in rem are against persons, – is not to be regarded as a matter of taste or preference for one out of several equally possible statement or definition. Logical consistency seems to demand such a conception and nothing less than that* »¹⁴²¹.

Sans rentrer dans le débat de la distinction entre droits personnels et droits réels qui dépasserait le cadre de notre thèse, signalons que le code économique contraint la vision de l'adepte de l'analyse économique du droit. *L'agent économique rationnel s'intéresse davantage à ses moyens d'action qu'à ses droits* (ou plus précisément ne perçoit ses droits que comme des moyens d'action(s) ou des contraintes), la question étant plus celle de la substance de ces droits que celle de la nature de ceux-ci. La conception de l'efficacité, l'importance de l'interaction et l'idée d'actions de l'individu supposent que les droits définissent des relations entre les personnes (et en ce sens, Coase et l'analyse économique du droit sont largement hohfeldiens¹⁴²²), la relation avec la chose n'ayant d'importance qu'en ce qu'elle définit des possibilités d'action dans le cadre interindividuel. Comme nous le verrons, les économistes du droit ont une conception (il s'agit de la représentation traditionnelle) encore plus « ramassée » du concept de droits de propriété. Le droit de propriété vise effectivement un ensemble de droits (et ne sert qu'à qualifier cet ensemble comme ensemble) dont la protection est particulière et en tout état de cause plus « puissante » que dans le cas des règles de responsabilité. L'article de Coase a certainement eu une influence en la matière en insistant sur la dimension de la négociation.

¹⁴¹⁸ Thomas Merrill et Henry Smith, *What Happened to property in Law and Economics ?*, op cit, pp 357-358; dans le même sens, Daniel Cole et Peter Grossman, *The Meaning of Property "rights": Law vs Economics*, op cit, p 318 : « *First-year law students are taught that property rights are relations between people respecting things* ».

¹⁴¹⁹ Thomas Merrill et Henry Smith, *What Happened to property in Law and Economics ?*, op cit, p 365. Les auteurs indiquent aussi de façon intéressante une raison pour laquelle la conception traditionnelle du droit de propriété comme un droit sur une chose a évolué : « *If property has no fixed core of meaning, but is just a variable collection of interests established by social convention, then there is no good reason why the state should not freely expand or, better yet, contract a list of interests in the name of the general welfare* » (ibid)

¹⁴²⁰ Le lien est évident dans Daniel Cole et Peter Grossman, *The Meaning of Property "rights": Law vs Economics*, op cit, qui consacre sa première partie à l'étude de la conception hohfeldienne des droits et des devoirs.

¹⁴²¹ Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1917, *Yale Law Journal*, vol 26, pp 710-770, pp 722-723

¹⁴²² Ou très Holmesiens : « *All proceedings, like all rights, are really against persons. Whether they are proceedings or rights in rem depends on the number of persons affected* ». Holmes cité par Hohfeld (Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, op cit, p 721) dans l'affaire *Tyler v. Court of Registration* de 1900.

b. Le concept de droit de propriété et la possibilité de réarrangements obligent à identifier une autre caractéristique des droits de propriété : leur « échangeabilité ». Dans la conception « large » des droits de propriété, comme règles particulières obligeant à la négociation pour acquérir le droit qui est protégé par une telle règle, la question de l'inaliénabilité comme source d'inefficience est aussi à mentionner. Nous apporterons ici des éléments supplémentaires sur l'idée de droit qui ressort de la perspective coasienne.

Le fait de concevoir le droit de propriété comme un ensemble de droits permet la recombinaison de ce « droit » (ou du moins facilite la conceptualisation de la recombinaison des droits). Si cette recombinaison n'était pas possible, aucun transfert ne pourrait se réaliser, et il existerait nécessairement une perte d'optimalité dans l'allocation finale des ressources. Plus il est possible de diviser un droit (conçu comme un ensemble de droits), plus il sera possible, dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, de réallouer les ressources et d'améliorer l'efficacité du système global.

Outre la possibilité de recombinaison, il est nécessaire que les droits soient échangeables (ou considérés comme tels), ce qui ne « choque » pas lorsqu'on évoque les droits de propriété. Le socle de l'approche coasienne est constitué par l'idée de l'échangeabilité des droits. L'idée de droit de propriété suppose aussi que l'échange soit volontaire, ce qui garantit l'optimalité des échanges.

Si nous avons une approche extensive des droits de propriété comme mode de protection des droits et non comme droit visant particulièrement une chose, le problème de l'inaliénabilité des droits peut se poser¹⁴²³. En supposant que les individus disposent de « droits de propriété » sur leur corps, l'interdiction des mères porteuses est difficilement compréhensible du point de vue strictement économique (qu'il soit conceptualisé comme vente ou comme service). Il en est de même de la célèbre décision sur l'interdiction du lancer de nains au nom de la dignité humaine rendue par le Conseil d'Etat¹⁴²⁴, sauf à considérer la présence d'externalités (et de coûts de transactions prohibitifs). Le Conseil d'Etat a considéré que le droit de se faire lancer pour de l'argent ne constituait pas un droit aliénable lorsqu'on est une personne de petite taille. En limitant ainsi la divisibilité des droits de propriété, il a sans nul doute eu un impact économique (au moins pour le nain et le promoteur, voire éventuellement pour les lanceurs).

¹⁴²³ Cette question se pose de façon moins problématique si nous ne nous intéressons qu'aux droits de propriété. Rien n'empêche ainsi d'interdire, pendant un temps limité, la revente de tel ou tel bien, même si on peut conceptualiser alors la chose comme l'absence d'une dimension essentielle du droit de propriété qui permet justement cette qualification.

¹⁴²⁴ Conseil d'Etat, assemblée, Commune de Morsang sur Orge, 27 octobre 1995, Recueil p 372, conclusions Frydman.

b. La critique coasienne de la catégorie de la causalité

The Problem of Social Cost est également pertinent pour l'analyse juridique car la conception économique du problème des externalités conduit à revenir sur la catégorie juridique traditionnelle, en droit de la responsabilité, de la causalité. C'est en proposant un renversement de perspective – en analysant le problème des externalités sous l'angle de la réciprocité – que Coase aboutit à ses célèbres conclusions dans le monde des coûts de transaction nuls (1). Ce renversement conduit à s'interroger sur l'utilité de la catégorie de la causalité lorsque les problèmes sont abordés sous l'angle économique (2).

1. le caractère réciproque des problèmes d'externalité : le renversement de perspective Coasien

Le premier renversement opéré par Coase consiste à percevoir les facteurs de production comme droits de propriété. *Un individu n'achète pas un bien mais un droit*, la possibilité d'agir et d'utiliser les facteurs de production d'une certaine façon¹⁴²⁵. Comme l'explique Coase « *If factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production* »¹⁴²⁶.

Le deuxième renversement est lié à la conception du problème des externalités comme un problème réciproque. Coase rappelle que, classiquement, dans les problèmes d'externalités comme ceux de l'éleveur et de l'agriculteur, la question est traitée avec l'idée qu'il existe un responsable et une victime. Le problème est alors de savoir comment éviter que le responsable continue¹⁴²⁷. Dans un problème de ce type, le « sens commun » juridique conclurait à la responsabilité de l'éleveur qui « cause » un dommage à l'agriculteur.

Cette approche ne serait pas exacte sous un angle économique (et c'est aussi en cela que Coase attaque la position de Pigou). En effet, « *Judges have to decide on legal liability but this should not confuse economists about the nature of the economic problem involved. In the case of the cattle and the crops, it is true that there would be no crop damage without the cattle. It is equally true that there would be no crop damage without the crops. [...] If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage* »¹⁴²⁸. Autrement dit, un problème de responsabilité de ce type doit être abordé sous l'angle de la

¹⁴²⁵ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 44

¹⁴²⁶ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 44

¹⁴²⁷ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, par exemple p 2

¹⁴²⁸ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 13

réciprocité : il faut être deux pour qu'il y ait une responsabilité et, ainsi, attribuer un sens unique à la causalité n'est pas justifié. Selon la règle de responsabilité, chacun des individus peut être conceptualisé comme une « victime » (comme chacun « cause » le dommage). Pour Coase, tout usage de droit peut être conceptualisé comme une perte pour l'individu qui ne peut pas l'exercer : « *The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right – the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view, to have peace and quiet or to breathe clean air* »¹⁴²⁹. La nature du droit est d'être réciproque (et pas uniquement le droit de la responsabilité ; l'impact hohfeldien est clair).

En matière de trouble du voisinage et de tapage nocturne par exemple, il est nécessaire qu'il existe deux individus ; si l'un ou l'autre des individus est absent (et que nous supposons qu'il n'existe que deux maisons isolées phonétiquement), le tapage nocturne ne « nuit » à personne et il n'y a aucun problème. Dans l'affaire *Sturges v Bridgman*, sans confiseur ou sans médecin, il n'y a plus de problème ; c'est uniquement la proximité des installations qui « cause » le dommage. Dès lors, les deux protagonistes « causent » le dommage (au sens où leur présence est une condition *sine qua non* du dommage).

Cette conception de la causalité est relativement triviale et nous retrouvons ici la conception de la causalité comme « équivalence des conditions » et le point de vue de von Buri. Tous les événements qui sont des « conditions » du dommage sont aussi des « causes du dommage » (si nous raisonnons en termes juridiques).

Le problème principal, sous l'angle juridique, est de savoir comment aborder les questions de responsabilité si nous nous en tenons à cette conception de la causalité puisque justement il n'existe pas de « responsable » unique et identifiable (et Coase en plus de critiquer la notion de causalité remet en cause l'idée de responsabilité, puisqu'il la vide de sa composante morale). C'est à ce niveau là que nous trouvons le véritable retournement du point de vue juridique et économique. La question première se transforme. Il ne s'agit plus d'identifier qui cause et qui est responsable. « *The real question that has to be decided is : should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A ? The problem is to avoid the more serious harm* »¹⁴³⁰, autrement dit quel droit doit être valorisé ou octroyé ; le problème n'est pas de savoir qui est responsable mais quel droit doit prévaloir. Cette reformulation a l'avantage de permettre l'utilisation des outils économiques classiques.

¹⁴²⁹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 44. Voir aussi Ronald Coase, *The Federal Communications Commission*, op cit, p 27: « *All property rights interfere with the ability of people to use resources* ».

¹⁴³⁰ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 2

La solution de Coase, éviter le dommage le plus « sérieux », se rapproche des conceptions d'efficacité développées dans la partie précédente (et notamment l'idée de maximisation de la richesse de Posner) : « *The economic problem in all cases of harmful effects is how to maximize the value of production* »¹⁴³¹. Quelle que soit la solution retenue par la cour, une personne verra ses coûts augmenter (dans le cas de l'agriculteur et de l'éleveur, si l'éleveur est responsable son coût augmente, si l'éleveur n'est pas responsable, le coût de l'agriculteur augmente). Il suffira donc, d'abord le cas de façon globale et de s'interroger sur la maximisation de la valeur de la production : « *When an economist is comparing alternative social arrangements, the proper procedure is to compare the total social product yielded by these different arrangements* »¹⁴³².

La méthode est relativement simple et se pose alors la question de savoir ce que ferait une personne possédant les deux activités à l'origine de l'externalité (ou en reprenant une conception trompeuse, possédant l'activité produisant l'externalité et l'activité la subissant). Comme les coûts de transaction sont nuls, toute Kaldor Hicks supériorité est aussi une Pareto supériorité (pourtant la méthode reste identique, même si les coûts de transaction sont positifs¹⁴³³), en tout état de cause nous retrouvons les outils traditionnels de l'analyse coûts-bénéfices. La catégorie de la causalité semble donc n'avoir, pour les questions de ce type, qu'un intérêt très limité et contribue à obscurcir la question – économique – plutôt qu'à l'illuminer.

2. La causalité est-elle une catégorie juridique inutile ?

Si nous suivons l'approche de Coase, la catégorie de la causalité est d'un intérêt très limité. Méthodologiquement, ceci peut s'expliquer : la catégorie de la causalité « juridique » n'est pas *a priori* une catégorie appréhendable aisément à l'aide des outils économiques, justement car il s'agit d'une catégorie juridique (la causalité juridique vise à déterminer un sens¹⁴³⁴). La modification du problème est donc un préalable à l'utilisation de l'outillage économique. La question

¹⁴³¹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 15. Le problème est bien souligné dans Ronald Coase, *The Federal Communications Commission*, op cit, p 26 : « *What the courts had, in fact, to decide was whether the doctor has the right to impose additional costs on the confectioner through compelling him to install new machinery, or move to a new location, or whether the confectioner has the right to impose additional costs on the doctor through compelling him to do his consulting somewhere else on his premises or at another location* ».

¹⁴³² Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 34

¹⁴³³ Il est inutile de revenir ici sur la justification de la validité de la méthode dans ce dernier cas puisque ceci a déjà été étudié dans le titre précédent. Notons que cette solution est proche de l'approche de Posner qui recommande de « mimer » les mécanismes du marché.

¹⁴³⁴ Il est indéniable que si un accident se produit, les parties à l'accident sont la cause du dommage en ce sens que sans eux l'accident ne serait pas survenu. La causalité juridique vise à déterminer au sein des causes possibles, celles qui permettent de déterminer une victime et un responsable, autrement dit le sens de la causalité.

« économique » de la causalité n'est d'ailleurs que très peu détaillée dans les ouvrages d'analyse économique du droit¹⁴³⁵.

Néanmoins, si la catégorie de la causalité, au sens de détermination d'un responsable et d'une victime, n'est pas fondamentale pour l'analyse économique¹⁴³⁶ du droit, le lien entre l'action d'un individu et ses conséquences sont, elles, déterminantes. Si le droit a pour objectif d'inciter les individus à agir de façon à promouvoir l'efficacité du système économique global, il ne faut pas qu'ils soient tenus responsables de dommages dont ils ne sont pas la « cause » et il ne faut pas qu'ils ne soient pas tenus des dommages dont ils sont à l'origine. En effet, dans un cas comme dans l'autre ils prendraient des mesures de précaution inefficaces puisque, le coût privé et le coût social ne seraient pas les mêmes. Dès lors la question de la causalité sous l'angle économique vise plus la personne qui doit payer (logique de l'incitation) que la personne « responsable »¹⁴³⁷ ; nous retrouvons ici la distinction entre causalité matérielle et causalité juridique. La logique économique de la causalité est explicitée par Coase : « *If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage. If we are to attain an optimum allocation of resources, it is therefore desirable that both parties should take the harmful effect (the nuisance) into account in deciding on their course of action. It is one of the beauties of a smoothly operating pricing system that, as has already been explained, the fall in the value of production due to the harmful effect would be a cost for both parties* »¹⁴³⁸.

Nous avons précisé, qu'a priori, une personne ne doit pas être tenue responsable des dommages dont elle n'est pas à l'origine. Ceci est essentiellement valable si la personne fait l'objet d'une responsabilité sans faute. Si une personne fait l'objet d'une responsabilité pour faute, notamment liée à la négligence¹⁴³⁹, et qu'elle est entièrement exonérée si elle se conforme à un standard, le fait d'être tenue responsable pour un dommage dont elle n'est pas à l'origine est indifférent aux incitations. En effet, l'objet de la règle juridique est d'inciter l'individu à agir de façon optimale. En supposant que le juge puisse évaluer le niveau de précaution avec précision et qu'il se révèle que l'individu n'ait pas pris le niveau de précaution optimal, l'individu, sans être à l'origine

¹⁴³⁵ La présentation la plus complète est proposée par Shavell. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, pp 249-256 (en ce qui concerne la responsabilité civile). Pour plus de détails, voir notamment Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 463-516

¹⁴³⁶ Plus précisément la perspective n'est plus la même. En droit, l'objectif est de rechercher un responsable. En économie, la question est celle des incitations, l'idée de responsabilité traditionnelle est bien moins intéressante.

¹⁴³⁷ L'idée de responsabilité constitue d'ailleurs plus une catégorie à connotation morale que l'idée de « responsabilité » en économie. En économie, la responsabilité ne vise qu'à déterminer qui doit payer, sans qu'il soit possible de dire si véritablement une personne est « responsable ».

¹⁴³⁸ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 13

¹⁴³⁹ Nous reviendrons sur cette dernière conception en économie du droit

« directe » du dommage peut être condamné. Une telle solution est assez étrange pour un juriste mais trouve un fondement « logique » en analyse économique du droit. Comme le précise Shavell, « *Although allowing parties to escape liability if their negligence does not cause losses still leaves sufficient deterrence to induce proper care-taking, an affirmative reason for insisting on causation before imposing liability has not been supplied* »¹⁴⁴⁰. La nécessité du lien de causalité peut cependant s'expliquer par la réduction des coûts de la justice dans la mesure où s'il suffit qu'une personne soit négligente pour qu'elle soit responsable d'un dommage dont elle n'est pas la cause, l'incitation à utiliser les tribunaux sera bien plus forte que si la « victime » doit aussi prouver un lien de causalité. Néanmoins, en limitant la responsabilité aux cas d'existence d'une causalité, la probabilité qu'une négligence soit « sanctionnée » est susceptible de tomber et donc de ne pas conduire au niveau optimal d'incitation¹⁴⁴¹. Nous retrouvons ici le choix fondamental, eu égard à l'imperfection du système, entre condamner un « innocent » et ne pas punir un « coupable ». Notons que dans la logique économique, dès lors que l'incitation existe et que les individus se comportent de façon optimale, les problèmes qui surviennent ne conduisent pas à une « indemnisation » de la part d'une des parties et relèvent très largement du rôle des assurances.

Ce raisonnement économique en matière de « causalité » permet de résoudre au moins une situation qui est susceptible de poser problème en droit : celle de l'incertitude en matière de causalité (notamment dans le cas de la perte de chance). Supposons que la probabilité qu'un individu décède à la suite d'une intervention chirurgicale bien menée soit de 20% et qu'au sein d'un hôpital, le taux monte à 40% (en supposant que le nombre d'interventions soit significatif). Supposons par ailleurs qu'il ne soit pas possible de déterminer si la personne ayant pratiqué l'intervention a agi dans les règles de l'art. Cela signifie que, globalement, 50% des victimes décèdent, a priori, « à cause » de l'intervention et donc de l'action du praticien. L'héritier d'une des personnes décédées décide de porter l'affaire en justice. Comment résoudre la situation en termes d'incitation optimale ? Dans un tel cas la causalité n'est pas évidente, il n'y a qu'une probabilité de 50% qu'il y ait un lien causal. La décision possible, correspondant à un raisonnement probabiliste, serait de considérer que dans un tel cas, le dommage doit être indemnisé à hauteur de 50%. Ce type de raisonnement probabiliste permet d'inciter les praticiens à agir de façon optimale. La seconde décision serait de considérer que comme 50% est

¹⁴⁴⁰ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 252; voir aussi, Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, op cit, p 486 notamment : « *restricting the scope of liability exacerbates the problem that an injurer may engage in his activity when he ought not, and it also reduces its incentive to take due care. Thus, in the absence of administrative costs, there is no reason to restrict the scope of liability* ».

¹⁴⁴¹ Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, op cit, p 489

suffisamment élevé, l'indemnisation doit être totale. Nous savons que si la responsabilité du médecin se fait sur la base de la négligence (et donc de la « faute »), qu'importe la solution, l'incitation restera suffisamment pertinente. Supposons maintenant qu'en fait, le taux de décès statistique lié aux médecins soit de 10%, doit-on considérer l'absence de causalité (10% étant trop faible), le raisonnement probabiliste (on indemnise à hauteur de 10%) ou le raisonnement selon lequel il faut indemniser en totalité ? Economiquement, la première solution ne semble pas pertinente puisque, sans pouvoir prouver une faute, aucun individu ne pourra obtenir une indemnité. La deuxième peut sembler correcte même si cela signifie que des personnes sont indemnisées alors qu'elles ne devraient pas l'être et que d'autres personnes ne sont pas indemnisées totalement¹⁴⁴². La dernière solution semble au contraire excessive. Economiquement, la solution qui semble la moins à même de distordre les incitations serait la deuxième, solution qui commence d'ailleurs à être adoptée par le Conseil d'Etat¹⁴⁴³, pour des raisons certainement différentes de l'optimalité des incitations.

Suivant cette logique l'étude de la causalité ne vise qu'une orientation sur l'optimalité des incitations en ce qui concerne les parties au dommage. Si condamner une personne risque de distordre les incitations, il sera préférable de ne pas le faire. *Ce qui importe est donc moins que la personne ait « causé » le dommage, que de l'entourer d'incitations pertinentes.* Comme nous le verrons l'analyse économique du droit est centrée sur le futur (par les incitations) tandis que l'analyse juridique traditionnelle vise davantage le passé (par la réparation en cas de dommage). La causalité n'est qu'une dimension à prendre en compte pour identifier si la sanction conduira à un système d'incitations pertinent.

B. L'influence économique du droit, le rôle du droit dans un objectif d'efficacité économique

Comme Coase le reconnaît lui-même l'idée que les coûts de transaction sont nuls est une hypothèse tout à fait irréaliste¹⁴⁴⁴. Il est même surprenant que de nombreux auteurs aient fait

¹⁴⁴² Au passage, notons que l'analyse économique du droit semble se centrer sur le « responsable » plus que sur la victime. La question principale est celle des incitations et non de l'indemnisation.

¹⁴⁴³ Par exemple, Conseil d'Etat, section du contentieux, Centre Hospitalier de Vienne, 21 décembre 2007, AJDA 2008, p 135, disponible sur http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisprd/index_ac_ld0746.shtml. En l'espèce, la probabilité de véritable « causalité » était de 30%. La question qui se pose donc est de savoir s'il existe un seuil en deçà duquel la responsabilité disparaît totalement. Notons aussi que l'arbitrage se situe entre l'indemnisation totale d'une petite partie des victimes et l'indemnisation partielle de toutes les victimes potentielles.

¹⁴⁴⁴ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 15

abstraction de la partie la plus importante de l'article de Coase consacrée au monde dans lequel les coûts de transaction sont positifs. Rappelons ici une des réflexions de Coase : « *The world of zero transaction costs has often been described as a Coasian world. Nothing could be further from the truth. It is the world of modern economic theory, one which I was hoping to persuade economists to leave* »¹⁴⁴⁵. Dans le même sens, il explique que : « *It would not seem worthwhile to spend much time investigating the properties of such a world. What my argument does suggest is the need to introduce positive transaction cost explicitly into economic analysis so that we can study the world that exists* »¹⁴⁴⁶.

En poussant le raisonnement économique moderne à l'extrême, Coase espérait en montrer l'absurdité, ou au moins l'insuffisance ; il souhaitait avancer la nécessité de traiter des coûts de transaction positifs (1). S'il donne naissance à la nouvelle économie institutionnelle, son message reste très largement ignoré de l'analyse néoclassique traditionnelle qui considère toujours que les institutions sont des « données » sans pouvoir en expliquer une raison « économique ». En restant dans le monde des coûts de transaction nuls, l'analyse économique néoclassique se détache du réel pour se confiner dans les mathématiques appliquées ; la valeur épistémologique de ses conclusions est donc à relativiser (ce qui ne veut pas dire qu'il n'y en ait aucune) si nous souhaitons utiliser ces travaux pour mener des politiques ou des actions concrètes. Dit autrement, « *Blackboard economics is undoubtedly an exercise requiring great intellectual ability, and it may have a role in developing the skills of an economist, but it misdirects our attention when thinking about economic policy. For this we need to consider the way in which the economic system would work with different institutional structures. And this requires a different approach from that used by most of modern economists* »¹⁴⁴⁷.

Du point de vue du droit, relaxer une des hypothèses du théorème de Coase a l'avantage de réintégrer les phénomènes juridiques comme pertinents pour l'étude de l'efficacité : non seulement le droit n'est plus neutre (ce qui permet de réintégrer l'idée de justice) mais la réallocation des droits ne pouvant toujours se faire, son influence sur l'efficacité globale du système économique n'est pas à négliger (ce qui réintègre le conflit potentiel entre justice et efficacité) : « *the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with which the economic system operates. One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other* »¹⁴⁴⁸. Réintégrer les coûts de transaction conduit donc à réintégrer le droit comme variable pour l'efficacité économique. Mieux encore, la prise en compte de la totalité de l'article permet de – et

¹⁴⁴⁵ Ronald Coase, Notes on the Problem of Social Choice, op cit, p 174

¹⁴⁴⁶ Ronald Coase, The Relevance of Transaction Costs in the Economic Analysis of Law, op cit, p 208

¹⁴⁴⁷ Ronald Coase, The Relevance of Transaction Cost in the Economic Analysis of Law, op cit, p 211

¹⁴⁴⁸ Ronald Coase, The Problem of Social Cost, op cit, p 16

a été utilisée pour – présenter une typologie des droits (2) et fournir quelques indications sur l'attribution de ceux-ci en fonction des circonstances.

Un des points important pour notre thèse est de signaler que *les hypothèses des modèles économiques ne sont pas « neutres » en ce qui concerne les résultats*. La structuration du modèle est certainement un des éléments les plus importants de l'analyse économique du droit sans pour autant que cette structuration ne puisse se réduire à l'utilisation d'outils juridiques ou économiques. La distinction entre le monde des coûts de transaction nuls et le monde des coûts de transaction positifs fait émerger clairement l'idée selon laquelle il serait préférable de parler *des* analyses économiques du droit plus que de *l'*analyse économique du droit¹⁴⁴⁹.

1. le théorème de Coase où la nécessité d'intégrer les coûts de transaction positif : la valeur économique du droit retrouvée

Si nous nous en tenons à l'interprétation donnée par Coase de son article, il est évident que son problème fondamental était, par souci de « réalisme », d'intégrer les coûts de transaction au sein des raisonnements économiques. La même conclusion pourrait être tirée d'une étude volumétrique de l'article de Coase qui consacre les deux tiers de ce dernier à la situation des coûts de transaction positifs. Au risque de « sur interpréter » Coase, il nous semble que le raisonnement en termes de coûts de transaction nuls constitue en fait un (ou au moins une sorte de) raisonnement par l'absurde visant à démontrer l'impossibilité d'un monde dans lequel les coûts de transaction seraient nuls (a). Il semble dès lors nécessaire de dépasser l'interprétation néoclassique du théorème et d'identifier, dans le monde des coûts de transaction positifs, le rôle économique du droit (b).

a. Le « dépassement » de l'interprétation néoclassique du théorème : l'impossible monde des coûts de transaction nuls et la nécessité des institutions, la seconde partie de « The Problem of Social Cost »

L'impossibilité des coûts de transaction vise uniquement l'impossibilité réelle et non purement théorique (quoi que), raison pour laquelle Coase préfère parler d'irréalisme. Au moins trois arguments peuvent expliquer cette « impossibilité ». (1) Si nous raisonnons à partir de l'exemple de l'éleveur et de l'agriculteur, d'une part, le raisonnement présuppose l'existence d'un droit et donc d'une structure permettant de le faire respecter. (2) D'autre part, il présuppose la possibilité

¹⁴⁴⁹ Ces points seront détaillés dans la seconde partie de notre thèse.

de faire respecter les promesses, sans quoi la négociation n'aurait aucun intérêt, d'autant plus que le contrat entre l'éleveur et l'agriculteur n'est pas un contrat à exécution instantanée. (3) Si le raisonnement de Coase dans la première partie de son article semble si absurde ou irréaliste c'est qu'il souhaite insister sur la valeur heuristique du raisonnement en l'absence de coûts de transaction.

La première chose étrange lorsqu'on examine le raisonnement proposé par Coase est qu'il présuppose l'existence du droit. Or, dans un monde dans lequel les coûts de transaction sont nuls, le droit n'existe pas, sauf à supposer que le droit n'est pas lui-même un produit du système. En effet, l'existence d'un système de droits de propriété suppose l'existence d'une « organisation » destinée à les identifier et les faire respecter. Si nous voulons que les droits de propriété soient définis de façon cohérente, il est nécessaire qu'une « organisation » s'occupe d'en vérifier la cohérence et de transmettre l'information sur cette définition des droits. De même, si les individus sont rationnels et que les droits de propriété sont simplement définis mais que rien ne permet de les faire respecter, tout se passe comme si ces droits n'étaient pas définis (puisqu'il n'existe aucune incitation à les respecter).

Si nous rapprochons ce raisonnement de la logique développée par Coase dans *The Nature of the Firm*, il est évident que nous arrivons à un paradoxe, que le simple fait que Coase mentionne ses travaux dans *The Problem of Social Cost* renforce. Sans coûts de transaction, il n'y a pas d'organisation (et donc pas d'Etat¹⁴⁵⁰) et tous les échanges sont décentralisés. Sans organisation, il ne peut exister un système juridique susceptible de remplir les conditions permettant une définition cohérente des droits de propriété. Plus encore, sans coûts de transaction, l'institution du marché n'est pas économiquement justifiée et à défaut de ne pouvoir apparaître ne peut fonctionner normalement alors qu'elle est à la base du raisonnement économique. Comme l'explique Coase, « *It is evident that, for their operation, markets such as those that exist today require more than the provision of physical facilities in which buying and selling can take place. They also require the establishment of legal rules governing the rights and duties of those carrying out these transactions in these facilities* »¹⁴⁵¹. L'institution du droit est donc une précondition au fonctionnement voire même à la qualification de « système économique ». L'institution du droit ne peut cependant se comprendre que dans le monde des coûts de transaction positifs. Dès lors, supposer le bon fonctionnement d'un système décentralisé tel que le marché en l'absence de coûts de transaction est un oxymore et celui-ci se trouve même dès l'énoncé du théorème.

¹⁴⁵⁰ Coase évoque même l'idée de « super firme » pour mentionner l'Etat. Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 17

¹⁴⁵¹ Ronald Coase, *The Relevance of Transaction Costs in the Economic Analysis of Law*, op cit, p 205

Si l'agriculteur décide de « payer » l'éleveur pour qu'il n'augmente pas son troupeau, comment garantir qu'effectivement l'éleveur respectera sa promesse ? Si rien ne garantit le respect des promesses, pourquoi l'agriculteur voudrait « payer » l'éleveur ? Ce point est renforcé par l'exemple proposé par Coase où il s'agit d'un « contrat » à exécution successive. Autrement dit, l'agriculteur paye et l'éleveur est censé tenir sa promesse pendant un certain temps (correspondant au montant de l'indemnisation fournie par l'agriculteur). Sans coûts de transaction, nous devons présumer cela, même si ceci est contraire à l'idée que les individus sont rationnels au sens économique puisque, dans un tel cas, le problème de l'opportunisme est bien présent.

Pour que l'exemple de Coase tienne, il est nécessaire de supposer qu'il existe un mécanisme permettant de faire respecter les promesses. Or dans un monde où les coûts de transaction sont nuls, il n'y a pas de droit, et donc pas de possibilité, autre qu'une motivation personnelle, pour qu'un tel mécanisme soit effectif. Dès lors, pour que le marché puisse fonctionner, il faut non seulement un droit de propriété mais aussi un droit des contrats. *Ces droits sont des préconditions à la validité du théorème de Coase et, sans coûts de transaction, de tels droits ne peuvent exister.* Notons que même si nous supposons qu'un droit des contrats existe, il est nécessaire de supposer en outre que la négociation est sans coût pour rester dans le théorème de Coase, ce qui est hautement irréaliste (cela n'incite d'ailleurs pas à rechercher une solution).

Les relectures du théorème sous l'hypothèse de la concurrence pure et parfaite renforcent le problème puisqu'il est alors nécessaire de faire respecter le bon fonctionnement des marchés et de la concurrence, ce qui suppose notamment l'introduction d'un droit de la concurrence.

Si le monde des coûts de transaction nuls est irréaliste, pourquoi Coase commence-t-il son article ainsi ? La réponse est donnée par Coase lui-même : « *I examined what would happen in a world in which transaction costs were assumed to be zero. My aim in doing this was not to describe what life would be like in such a world but to provide a simple setting in which to develop the analysis and, what was even more important, to make clear the fundamental role which transaction costs do, and should, play in the fashioning of institutions which make up the economic system* »¹⁴⁵². Autrement dit, la partie qui a donné lieu à la plus grande part des commentaires n'était qu'une partie « creuse » dont l'objectif n'était pas de contribuer à la théorie néoclassique mais au contraire de la critiquer en raisonnant à partir de son cadre d'analyse. Force est de constater cependant que l'interprétation de Coase est loin d'avoir été suivie par tous les praticiens de l'analyse économique du droit qui, ainsi, pouvaient continuer à utiliser leurs méthodes sans tenir compte de la remise en cause proposée par Coase.

¹⁴⁵² Ronald Coase, *The Relevance of Transaction Costs in Economic Analysis of Law*, op cit, p 207

b. Le rôle économique du droit en présence de coûts de transaction positifs et la méthodologie d'approche de Coase

Du point de vue de l'analyse économique du droit, la réintroduction des coûts de transaction positifs est fondamentale puisqu'elle permet de revenir sur les thèses d'invariance et d'efficacité du théorème (en un certain sens seulement). Elle permet aussi de reformuler le problème de la coordination et son impact sur le fonctionnement des systèmes économiques.

Les coûts de transaction sont importants car ils empêchent parfois la réallocation des droits. Si par exemple A évalue une pomme à 2 et que B l'évalue à 3, B pourra vouloir acheter la pomme à A. Si A habite dans un chalet non desservi par la poste, il est probable que B ne réalise pas l'échange avec A car le coût de « rencontre » avec le vendeur est prohibitif (le raisonnement est toujours valable si nous supposons qu'il existe un coût pour identifier les personnes susceptibles de participer à l'échange). De même, si B doit rédiger un contrat pour permettre l'échange, et que cette rédaction soit coûteuse, il est peu probable que l'échange se réalise.

Dans le cas de l'agriculteur et de l'éleveur, il existe un coût de négociation entre les deux parties (on peut supposer que le coût d'identification des partenaires possibles est négligeable), un coût de rédaction d'un contrat, un coût de vérification du respect des termes du contrat. Il existe au moins un coût en temps dans la mesure où le processus de négociation s'inscrit dans le temps (nous retrouvons donc l'importance de la conception du temps dans les modèles économiques). Cet ensemble de coûts peut être supérieur au gain espéré par la négociation et dans ce cas l'agriculteur et l'éleveur ne s'engageront pas dans ce processus.

Plus généralement, si A évalue un bien à x et B évalue le même bien à y (avec $y > x$) et que les coûts de transaction (t) sont tels que $y < x + t$, la transaction n'aura pas lieu. Dans une telle situation, attribuer le droit à A ou à B n'aura pas le même impact dans la mesure où les réallocations ne seront pas toujours possibles. La thèse d'invariance est donc remise en cause.

Remarquons au passage que dans ce cas l'efficacité est conservée (puisque réaliser l'échange ferait perdre de la valeur) et que, dès lors, l'absence d'échange malgré la divergence d'évaluation n'est qu'a priori contraire à l'idée que dans un tel cas l'allocation des ressources n'est pas optimale. Si le modèle de référence est celui de l'équilibre général, l'optimum ne peut être atteint ni par le marché, ni par un système plus centralisé car toutes les solutions sont « coûteuses ». Dans un tel cas, la thèse de l'invariance ne tient plus. Notons d'ailleurs que sous cet angle, les externalités ne sont pas des défaillances de marché, ces « défaillances » ne sont dues qu'aux coûts de transaction (si bien que la notion de défaillance ne semble pas adaptée). Il s'agit alors de connaître le modèle de référence permettant d'évaluer « l'efficacité » d'un système. Celui-ci est-il idiosyncratique (l'évaluation se fait en prenant pour base les caractéristiques de la société) ou « universel » (par

rapport à un modèle externe comme celui de l'équilibre général) ? Ces points ont déjà été mentionnés par Calabresi, quoi que sous une forme différente : « *Transaction costs (including problems of rationality and knowledge), no less than existing technology, define what is currently achievable in any society – the Pareto frontier. It follows that any given society is always or will immediately arrive at a Pareto optimal point given transaction costs* »¹⁴⁵³. Nous serions tenté d'amender la position de Calabresi en posant comme condition de l'efficacité les coûts de transaction mais aussi le système institutionnel qui définit, pour partie, ces derniers (ou du moins n'est pas neutre pour leur évaluation).

Si nous supposons les individus rationnels, s'ils ne réalisent pas une transaction qui semble pouvoir augmenter l'utilité des parties à la transaction, il est toujours possible de s'interroger sur la présence des coûts de transaction¹⁴⁵⁴. L'efficacité de la situation actuelle est postulée comme si l'efficacité ne pouvait que se constater sans pouvoir se démontrer, dès lors que nous prenons pour cadre un système institutionnel donné. Si nous prenons Coase au sérieux, *le réel est rationnel et efficace par définition*, si bien que l'interrogation sur l'efficacité du système économique ne peut se faire qu'en utilisant un cadre extérieur, forcément inadapté à plus d'un titre.

Si l'optimum de l'équilibre général ne peut jamais être atteint (si bien que nous nous trouvons toujours sous les hypothèses de la théorie de Lipsey et Lancaster) en raison de l'existence des coûts de transaction (qui ne sont traditionnellement pas « comptés » dans le modèle d'équilibre général), le problème de la méthode de coordination adaptée réapparaît. Le choix de la coordination doit se faire entre le passage par le marché (si les coûts de transaction ne sont pas trop élevés) et le passage par une forme plus centralisée (si les coûts de transaction sont trop élevés). Il faudra alors rechercher la coordination la moins coûteuse, sachant que l'efficacité reste l'objectif social. Coase, rappelons-le, considère que la méthode de l'économiste consiste à évaluer « *the total product yielded by alternative social arrangements* »¹⁴⁵⁵. Pour lui, la question n'est pas tellement celle de l'optimum de premier rang, mais plus celle de l'amélioration de la situation actuelle : « *A better approach would seem to be to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to*

¹⁴⁵³ Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto, Carrying Coase Further*, op cit, p 1212

¹⁴⁵⁴ Nous retrouvons alors la nécessité d'une définition des coûts de transaction et le problème de la tautologie du théorème... sauf à interpréter, comme nous l'avons fait, les coûts de transaction comme ayant une valeur simplement heuristique et herméneutique.

¹⁴⁵⁵ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 43. Signalons cependant que si Coase accepte cette logique, il souhaite aller plus loin et n'hésite pas à présenter les limites de l'approche centrée uniquement sur l'efficacité : « *But it is, of course, desirable that the choice between different social arrangements for the solution of economic problems should be carried out in broader terms than this and that the total effect of these arrangements in all spheres of life should be taken into account. As Frand H. Knight has so often emphasized, problems of welfare economics must ultimately dissolve into a study of aesthetics and morals* » (Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 43).

examine the effects of a proposed policy change and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one »¹⁴⁵⁶. Coase se place à un niveau moins ambitieux et beaucoup plus concret. Il ne cherche pas l'optimum mais une situation « supérieure ».

Le théorème de Coase a souvent été présenté comme un théorème libéral. Coase explique que le marché est la méthode de coordination par défaut et que le recours à d'autres formes est rendu nécessaire par les coûts de transaction¹⁴⁵⁷. Ceci ne signifie pas que chaque fois que les coûts de transaction sont élevés le recours à l'Etat ou à une forme d'organisation soit toujours nécessaire. Il faut en effet comparer les coûts des institutions alternatives. *De même que le passage par le marché a un coût, le passage par l'Etat ou n'importe quelle forme d'organisation n'est pas « gratuit »*. Une fois ces coûts identifiés, la méthode retenue sera celle la moins coûteuse, ce qui ne signifie donc pas que l'Etat ou l'organisation soient toujours adaptés pour pallier les « défaillances » de marché. Comme l'explique Wolf : *« In contemplating the cardinal economic choice, we should consider the total effects associated with each of the options rather than the shortcomings associated with only one. We need to understand the more or less predictable shortcomings of governments no less than those of markets »*¹⁴⁵⁸. La question est donc, simplement, celle du choix de la méthode de coordination des individus la moins coûteuse.

Ce raisonnement vise le choix économique en général. Du point de vue du droit, cette méthode signifie qu'il faut évaluer l'influence économique de plusieurs solutions alternatives (généralement deux). Par exemple, si le juge doit décider, dans le cas de l'agriculteur et de l'éleveur, qui possède le droit, il devra comparer les effets économiques de l'attribution du droit à l'éleveur et les effets économiques de l'attribution du droit à l'agriculteur. Il attribuera ensuite le droit en fonction de l'efficacité globale du système économique. Si l'agriculteur et l'éleveur saisissent le juge, c'est qu'ils n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur une réallocation des droits car les coûts de transaction sont trop élevés ou tout simplement car les droits de propriété sont mal définis. Comme l'explique Coase : *« Of course if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well defined and the results of legal actions easy to forecast. But as we have seen, the situation is quite different when market transactions are so costly as to make it difficult to change the arrangement of rights established by the law. In such cases, the courts directly influence economic efficiency. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences*

¹⁴⁵⁶ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 43

¹⁴⁵⁷ Sans considération pour les positions politiques de Coase, il est possible de se demander si le marché comme structure de coordination de base est choisi en raison de l'accent mis sur celui-ci par la science économique ou en raison d'un véritable choix « idéologique ».

¹⁴⁵⁸ Christian Wolf, *Markets or Government, Choosing Between Imperfect Alternatives*, op cit, p 12

of their decisions »¹⁴⁵⁹. Autrement dit, dès lors que la réallocation des droits ne pourra pas avoir lieu systématiquement en raison des coûts de transaction, le choix du juge, même contraire à l'efficacité, ne pourra pas toujours être remis en cause par les parties elles-mêmes.

La méthodologie générale qui ressort de l'article de Coase, et que nous avons esquissée ici, sera reprise très largement par l'analyse économique du droit. Par exemple, il s'agira de comparer l'efficacité d'un système dans lequel les droits de propriété sont présents et celle d'un système dans lequel ils ne sont pas présents, l'efficacité d'un système dans lequel la responsabilité est une responsabilité sans faute et celle d'un système dans lequel la responsabilité est une responsabilité pour faute ; l'efficacité d'un système dans lequel la rupture des contrats est autorisée et celle d'un système dans lequel elle ne l'est pas, etc¹⁴⁶⁰.

Le choix du juge a, lorsque les coûts de transaction ne sont pas nuls, un impact sur l'efficacité¹⁴⁶¹ (au moins potentiel si celui-ci ne sait pas si les coûts de transaction sont suffisamment faibles pour permettre la réallocation des droits par le marché). Économiquement, il devrait donc choisir la solution conduisant à une plus grande efficacité du système économique. Coase considère, à l'instar de Posner, que les juges tiennent compte, explicitement ou implicitement, de cet impact : « *Nevertheless it is clear from a cursory study that the courts have often recognized the economic implications of their decisions and are aware (as many economists are not) of the reciprocal nature of the problem. Furthermore, from time to time, they take these economic implications into account along with other factors, in arriving at their decisions* »¹⁴⁶². L'analyse normative et l'analyse positive se touchent ici très fortement : non seulement le juge devrait tenir compte de l'impact économique mais il semblerait qu'il soit possible d'interpréter positivement ses choix comme – au moins pour partie – des choix économiques.

Coase ajoute un bémol à la logique de la maximisation de la valeur de la production comme critère de décision : il ne faut pas que cette prise en compte conduise à créer trop d'incertitude en

¹⁴⁵⁹ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 19

¹⁴⁶⁰ Cette approche se retrouve dans la plupart des manuels d'analyse économique du droit.

¹⁴⁶¹ Une fois la décision prise néanmoins, la solution sera efficace compte tenu du système institutionnel. Par contre avant que la décision ne soit prise, plusieurs pistes sont ouvertes et des considérations d'efficacité peuvent avoir lieu.

¹⁴⁶² Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 19. Dans le même sens, p 22 : « *The courts do not always refer very clearly to the economic problem posed by the cases brought before them but it seems probable that in the interpretation of words and phrases like « reasonable » or « common or ordinary use » there is some recognition, perhaps largely unconscious and certainly not very explicit, of the economic aspects of the questions at issue* ». Cette remarque est importante pour bien comprendre la différence entre l'analyse juridique et l'analyse économique du droit, différence à laquelle nous consacrerons une partie de la seconde partie de notre thèse.

ce qui concerne les positions juridiques¹⁴⁶³, c'est-à-dire que la décision du juge ne doit pas conduire à une insécurité juridique. Ce dernier doit donc arbitrer entre ces deux niveaux, ce qui peut laisser penser que la sécurité juridique ne peut être reformulée parfaitement en termes d'efficacité ; la décision en la matière ne peut donc être une décision strictement économique. Sous cet angle, la décision juridique dépasse la décision purement économique.

La logique est simple : l'insécurité juridique signifie que les droits ne sont pas bien délimités (puisqu'ils sont susceptibles de variations fréquentes). Dans ce cas, les individus n'ont pas intérêt à négocier entre eux, ce qui peut conduire à une perte d'efficacité et à un coût supérieur pour le système juridique. Ce n'est pas parce que les coûts de transaction sont importants et obligent à s'interroger sur l'efficacité dans une décision de justice que cette décision de justice doit créer une insécurité remettant en cause la définition des droits, fondamentale au bon fonctionnement du marché et du système économique global. Ce raisonnement peut aider pour saisir la distinction entre les standards juridiques et l'analyse *in concreto*. Si le niveau de précaution devait toujours être évalué parfaitement *in concreto* – solution parfaitement en accord avec la logique de l'efficacité – il pourrait en résulter une insécurité juridique. En effet, si nous supposons que les individus ne sont pas complètement rationnels ou que les juges peuvent faire des erreurs ou encore si le coût d'obtention des informations pertinentes est élevé, l'absence d'un standard en matière de négligence peut conduire à une situation plus inefficace que lorsque le standard est présent. Si tel est le cas, il sera préférable de se conformer au standard. Cet exemple est simple et le problème peut être clairement formulé. Cependant l'évaluation de l'impact d'une décision sur la sécurité juridique est bien plus complexe, si bien que la sauvegarde de la sécurité juridique peut primer sur la logique de l'efficacité pure et l'arbitrage entre sécurité et efficacité ne peut se réduire à un problème strictement économique.

2. Les coûts de transaction et la typologie des droit : coordination et efficacité

Le droit apparaît dans cette approche comme un outil de coordination entre les agents économiques, outil qui n'est pas neutre en ce qui concerne l'efficacité globale du système. Nous retrouvons ici une des « fonctions » du droit.

Si nous essayons de synthétiser l'apport de Coase du point de vue de la théorie juridique, deux aspects peuvent être soulignés. Ses travaux permettent tout d'abord une vision relativement unifiée en ce qui concerne les systèmes de protection des droits (a), notamment en modifiant légèrement le concept de propriété utilisé en droit. Ils conduisent aussi, sous un angle plus

¹⁴⁶³ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 19

normatif, à une « méthodologie » générale concernant l'attribution des droits (b). Si l'objectif du droit est de promouvoir l'efficacité du système, l'attribution des droits en présence des coûts de transaction positifs trouvera une nouvelle rationalité. Autrement dit, le travail de Coase et la conception « économique » du droit viennent bouleverser et éclairer sous un jour nouveau les catégories juridiques traditionnelles.

a. la protection des droits : responsabilité, propriété ou inaliénabilité

Les idées d'efficacité et de coûts de transaction permettent de justifier certaines règles juridiques. L'article 1382 du code civil présente le principe général de la règle de responsabilité : la réparation du dommage. Autrement dit, la « victime » ne doit pas se trouver enrichie ou appauvrie à l'issue de la réparation. Cette règle se retrouve aussi en droit administratif avec l'idée de la réparation intégrale du préjudice. Si en revanche un individu vole un bien, il devra indemniser (généralement en restituant le bien) et subira aussi une sanction plus sévère. Ces règles découlent directement des normes en vigueur dont la logique est rarement présentée.

L'article de 1972 de Calabresi et Melamed¹⁴⁶⁴ offre ce type de justification et unifie le droit de propriété, le droit de la responsabilité ou encore le droit pénal. Comme les auteurs le reconnaissent eux-mêmes, la typologie qu'ils présentent ne correspond qu'à une typologie possible et se fonde essentiellement sur des travaux à l'interaction du droit et de l'économie¹⁴⁶⁵.

Le point de départ des auteurs est relativement simple. Le droit s'est construit par opposition à la règle du plus fort qui régnait dans l'état de nature. Lorsqu'un conflit est susceptible de survenir entre deux parties, « *the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail* »¹⁴⁶⁶. La notion d'*entitlement* n'est cependant pas précisément définie par les auteurs. Le droit détermine ainsi un ensemble de possibilités de faire ou de ne pas faire (les auteurs se focalisent sur les droits personnels des individus). La substance de ces droits correspond à la notion d'*entitlement*. Un individu a ainsi le droit ou non de tondre son gazon le dimanche (ce qui signifie que ses voisins ont le droit ou non d'avoir du calme le dimanche), de faire du bruit le soir, de faire des grillades, etc...

¹⁴⁶⁴ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit

¹⁴⁶⁵ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, 1089 : « *Since a fully integrated approach is probably impossible, it should be emphasized that this article concerns only one possible way of looking at and analyzing legal problems* »

¹⁴⁶⁶ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, p 1090

Il ne suffit pas de disposer de droits pour que ceux-ci soient effectifs, il faut aussi s'interroger sur la méthode adéquate de les protéger. Si aucune sanction n'est possible lorsqu'un individu fait du bruit le soir alors qu'il n'a pas le « droit » de le faire, ce « droit » est très relatif. Plusieurs possibilités s'offrent alors.

La première serait de protéger ce droit par un droit de propriété. Dans un tel cas, un individu ne peut retirer ce droit à son « propriétaire » originaire sans obtenir l'accord de celui-ci, généralement après un paiement¹⁴⁶⁷. Autrement dit, il est nécessaire que la sanction pour le non respect du droit de propriété soit suffisamment lourde pour conduire les individus à négocier. Nous retrouvons alors les règles pénales (l'exemple typique est constitué par les règles touchant le vol). Si un individu n'a pas le droit de faire du bruit le dimanche et que ce droit est protégé par une règle de propriété, l'individu voulant faire ce bruit devra « acquérir » les « droits au calme » de ses voisins. Plus trivialement, si un individu souhaite utiliser la voiture de son voisin et que le droit d'utiliser la voiture appartient au voisin, l'individu devra « payer » son voisin pour utiliser la voiture. *Le droit de propriété n'est donc pas défini par rapport à un « objet » mais par rapport à une méthode d'acquisition des droits.*

La deuxième possibilité serait de protéger le droit par une règle de responsabilité. Ce qui différencie la règle de responsabilité et la règle de propriété se situe au niveau de l'acquisition des droits. Dans le cas de la règle de responsabilité, il est possible d'acquérir le droit sans obtenir l'accord du titulaire de ce droit en payant un certain prix considéré comme « objectif » par les auteurs¹⁴⁶⁸. Le « prix » du non respect du droit est alors fixé par un organe extérieur aux parties (par exemple un juge). Ce prix vise à indemniser la « victime » (le titulaire originel des droits) pour le préjudice (« l'appropriation de son droit ») « causé » par un autre individu. Si ce « prix » correspond au prix auquel le titulaire originel aurait cédé son droit, la différence entre le droit de propriété et le droit de responsabilité ne se situe qu'au niveau des différentes possibilités d'acquérir le droit¹⁴⁶⁹. Si l'utilisation d'une voiture était protégée par une règle de responsabilité,

¹⁴⁶⁷ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, p 1092 : « *An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller.* ».

¹⁴⁶⁸ Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, p 1092 : « *Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule.* ».

¹⁴⁶⁹ Et plus précisément par le montant de l'indemnisation nécessaire pour acquérir ce droit. Ainsi, dans le cas du droit d'utiliser sa voiture, si ce droit est protégé par une règle de responsabilité, il sera nécessaire d'indemniser, même après coup, le titulaire de ce droit. Si par contre, le droit est protégé par une règle de propriété, et qu'un individu s'empare du droit en utilisant la voiture, il ne devra pas seulement indemniser le propriétaire, il sera aussi sanctionné de façon suffisamment importante pour que la simple connaissance de la sanction l'incite à ne pas s'emparer de ce type de droit.

les individus ne sont pas obligés de négocier avec le propriétaire de la voiture pour utiliser cette dernière. Il leur suffit de prendre la voiture et d'indemniser ensuite le propriétaire pour le « dommage » qu'il a subi (le montant étant déterminé par un juge).

La dernière possibilité serait de protéger un droit en interdisant à l'individu d'en disposer. Il s'agira alors d'une règle d'inaliénabilité : même si les individus étaient d'accord pour échanger, l'échange ne pourra pas se faire. Par exemple si un individu propose d'acheter à un autre individu un poumon et que les deux individus ont trouvé un accord, la transaction ne pourra pas aboutir si on considère que le droit de disposer de ses poumons est un droit inaliénable.

En respectant la structure de raisonnement proposée par Coase, il s'agit d'analyser l'influence de ces différentes règles en termes d'efficacité¹⁴⁷⁰. C'est à ce niveau qu'interviennent les coûts de transaction et qu'il devient possible d'unifier les règles de responsabilité et les règles de propriété.

Nous savons que si les coûts de transaction sont nuls ou négligeables, l'allocation initiale des droits n'a aucune influence sur l'efficacité du système. Il suffit que les droits de propriété soient bien définis. Dans un tel cas, la protection des droits par une règle de propriété est suffisante et conduit à l'efficacité.

Si par contre les coûts de transaction sont importants, la négociation privée ne permettra pas nécessairement d'arriver à un accord qui aurait pu survenir si ces coûts étaient plus faibles. Dans un tel cas, les règles de responsabilité peuvent être considérées comme des règles permettant de pallier le problème des coûts de transaction élevés. Supposons qu'un individu se perde en forêt, qu'il soit affamé, qu'il trouve un chalet au milieu des bois et qu'il puisse identifier de la nourriture à l'intérieur. Il ne peut pas négocier avec le « propriétaire » des lieux qui est, par hypothèse absent. Le coût de transaction est donc prohibitif alors même que l'individu et le propriétaire auraient pu se mettre d'accord pour permettre au premier d'obtenir le gîte et le couvert en contrepartie d'une rémunération. La règle de propriété semble donc potentiellement excessive (si le coût de son non respect est bien supérieur au prix maximum que l'individu serait prêt à payer) et la règle de responsabilité, elle, semble efficace (puisque par hypothèse le propriétaire et l'individu auraient trouvé un accord sur un prix).

Ces considérations permettent donc, au nom de l'efficacité, de favoriser la protection par un droit de propriété lorsque les coûts de transaction sont suffisamment faibles pour permettre les négociations entre les individus (nous retrouvons le théorème de Coase). Dans le cas où les coûts

¹⁴⁷⁰ D'autres possibilités existent. Calabresi et Melamed soulignent ainsi la possibilité de tenir compte de l'influence sur la distribution des richesses ou d'autres « considérations de justice ». Il est inutile de revenir ici sur l'importance de ces questions qui ont déjà été abordées dans le premier titre de cette partie.

de transaction sont élevés, la règle de responsabilité semble plus adaptée. Evidemment, il faut aussi tenir compte du coût de « gestion » de ces droits.

L'inaliénabilité est une question plus complexe. En effet l'exclusion de ces « biens » de la logique des marchés est susceptible de conduire à des inefficiences. Par exemple, si une propriété de famille est protégée par l'inaliénabilité, les transferts conduisant à une situation Pareto supérieure ne pourront pas se faire. Pourtant, il est relativement commun de trouver des inaliénabilités : un individu ivre ou mineur ne peut vendre ses biens immobiliers (nous retrouvons l'idée de l'incapacité en droit français), le domaine public est inaliénable, les parents ne peuvent pas vendre leurs enfants, etc. Une partie des règles d'inaliénabilité se justifie pour des raisons « morales »¹⁴⁷¹ : l'interdiction de la vente d'éléments du corps humain, l'interdiction de la prostitution ou encore l'interdiction de la vente d'alcool pendant la prohibition aux Etats-Unis, etc.

Du point de vue économique, il s'agit de comprendre de telles règles sous l'angle de l'efficacité (sans quoi l'économie ne peut rendre compte de la rationalité de telles règles). Si les individus sont tous parfaitement rationnels au sens néoclassique et que l'information est parfaite, a priori, l'inaliénabilité est toujours inefficace¹⁴⁷². Il est donc nécessaire de modifier la structure du cas pour que l'hypothèse d'efficacité de la règle d'inaliénabilité puisse se justifier.

Globalement, la justification de l'inaliénabilité doit passer par une distinction entre le court terme et le long terme ou encore inclure les idées d'irrationalité ou d'externalités (et donc de coûts de transaction). Par exemple, en ce qui concerne l'irrationalité, pensons à l'incapacité des mineurs et des malades mentaux. On suppose que ces individus n'ont pas de préférences bien formées ou qu'ils ne connaissent pas le « prix » des choses. Les laisser librement contracter peut conduire à des inefficiences (même si en allongeant le temps et en incluant l'apprentissage les solutions pourraient être différentes). Cette solution est évidemment paternaliste. L'idée de consentement en droit des contrats vise de la même manière à éviter que des échanges puissent survenir de façon non efficiente : ainsi un individu est protégé (ou plus précisément ses droits sont protégés) lorsqu'il est soumis à une violence de la part de son cocontractant. Il serait aussi possible de mentionner les différents délais en droit de la consommation qui, s'ils visent à la protection des

¹⁴⁷¹ Par exemple, Guido Calabresi and Douglas Melamed, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, op cit, p 1112

¹⁴⁷² Pour un cas extrême, voir Elizabeth Landes et Richard Posner, The Economics of Baby Shortage, *Journal of Legal Studies*, vol 7, pp 323-348. Pour des approches plus générales, voir par exemple, Margaret Radin, Market-Inalienability, 1987, *Harvard Law Review*, vol 100, pp 1849-1937 (qui critique notamment le tout commodification, point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir) ou encore Susan Rose-Ackerman, Inalienability and the Theory of Property Rights, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 931-969 (dont l'objet est d'étendre l'analyse de Calabresi et Melamed en ce qui concerne la question des inaliénabilités – ce que nous avons fait ici en partie).

consommateurs, permettent en fait à un acheteur de se rétracter s'il considère *a posteriori* son achat impulsif. La logique est la même en ce qui concerne le respect de délais obligatoires avant l'acceptation d'un prêt immobilier. Ces différents exemples se fondent sur la possible irrationalité des individus (au sens néoclassique) : on suppose que les individus ne connaissent pas véritablement leurs préférences, l'idée étant de protéger les individus malgré eux.

En supposant le consentement réel et les individus rationnels, si deux individus souhaitent échanger et qu'ils ne peuvent le faire, la situation semble inefficace. Si nous tenons compte des externalités, la situation peut changer et c'est d'ailleurs l'argument visant à interdire la vente d'alcool, de drogue ou d'armes¹⁴⁷³. Nous nous contenterons ici d'une structure plus générale. Supposons que deux individus contractent et qu'il en résulte une externalité négative. Supposons par ailleurs que les coûts de transaction soient suffisamment élevés pour que les victimes de l'externalité ne puissent « acheter » le droit leur permettant de ne pas subir l'externalité. Dans un tel cas, l'Etat peut mettre une règle de responsabilité ou interdire purement et simplement un certain type de transaction en raison des effets externes. L'interdiction pure et simple peut se justifier, par exemple, par les coûts de gestion d'un système de responsabilité (interdire la transaction permet d'éviter les externalités et donc le recours aux tribunaux pour se faire indemniser). Si les coûts de transaction sont trop élevés, le système de responsabilité semble pertinent. Néanmoins, si les victimes sont nombreuses et le dommage suffisamment faible pour que, soit aucune des victimes n'ait un intérêt à saisir les tribunaux (à cause de l'absence d'un système d'action collective), soit le coût de réparation du dommage devienne plus élevé que le dommage lui-même, l'inaliénabilité peut se justifier pour des raisons d'efficacité¹⁴⁷⁴. Ces cas peuvent toucher des questions morales. Ceci pourrait par exemple expliquer l'inaliénabilité des droits de l'homme (ce qui supposerait que le respect des droits de l'homme est valorisé en tant que tel par les individus).

¹⁴⁷³ Pour un tour de ces questions, voir Richard Epstein, *Why Restrain Alienation*, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 970-990.

L'auteur prend notamment l'exemple de l'alcool, de la drogue, de la vente d'armes et de la vente des votes. L'auteur explique que : « *One assumption implicit in the case for free alienation is that the buyer's use of the property after alienation does not violate a rule of tort or criminal law* » (ibid, p 973). En ce qui concerne l'alcool par exemple : « *Drinking liquor may not harm anyone but the user. But the behavior that alcohol induces in drinkers may inflict serious harm upon third persons* » (ibid, p 976). La logique est triviale : l'interdiction directe permet d'éviter des dommages probables ; il peut donc être efficace d'interdire directement la marchandise. Se pose alors la question de savoir si l'idée d'efficacité est suffisante pour imposer une restriction de liberté.

¹⁴⁷⁴ Pour un cas assez intéressant, voir Reuben Kessel, *Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem*, 1974, *Journal of Law and Economics*, vol 17, pp 265-289 (cet article fait le tour de la question et présente différents points de vue). La question est de savoir s'il est efficace d'autoriser les individus à donner leur sang. Les résultats de certaines études sont très surprenants dans la mesure où ils semblent indiquer que la donation est en fait une solution plus efficace (dans la mesure où elle permet un sang de meilleure qualité et limite ainsi les risques d'infections).

Le changement d'échelle au niveau du temps permet également de justifier les inaliénabilités. Il n'est pas rare qu'une situation semble inefficace sur le court terme tout en se révélant efficace sur le long terme (et vice versa). Cet écart entre le court terme et le long terme est dû à l'impossible information parfaite concernant le futur et nous retrouvons alors l'argumentation en termes de rationalité. L'inaliénabilité pourrait aussi permettre de résoudre des situations du type dilemme du prisonnier où les deux options seraient vendre et ne pas vendre, l'équilibre sous optimal serait {vendre, vendre} et la situation optimale serait {ne pas vendre, ne pas vendre}¹⁴⁷⁵.

L'idée d'efficacité appliquée au droit et l'idée des coûts de transaction permettent donc de donner une certaine unité aux différentes méthodes de protection des droits qui, finalement, peuvent être conçues comme suivant une même logique. Sous l'angle plus normatif, il s'agit de savoir comment attribuer les droits initialement, si nous acceptons les hypothèses économiques.

b. la logique de l'attribution des droits en cas de coûts de transaction positifs

Les idées de coûts de transaction et d'efficacité permettent de dégager des mécanismes d'attribution des droits susceptibles de favoriser l'efficacité. Rappelons que la logique d'efficacité n'est pas la seule possible en droit – point sur lequel nous reviendrons par la suite – mais elle est la seule permettant une analyse « économique ».

Avant de présenter le principe (1) et les règles secondaires (2) d'attribution sur la base d'une approche économique du droit, signalons que l'attribution des droits ne peut se faire uniquement sur la base de l'efficacité. En effet, la frontière Pareto optimale – et plus globalement toute Pareto supériorité – est définie par la structure des droits de propriété. On ne peut donc qu'« affiner » une distribution initiale des droits et non en créer une de toute pièce. L'analyse économique est propice aux modifications mesurées d'un système particulier (à l'amélioration et à la critique d'un système donné) et non aux révolutions, une des raisons pour laquelle l'analyse est souvent présentée comme conservatrice.

¹⁴⁷⁵ Ce serait par exemple le cas si nous avions deux entreprises qui vendent des produits dont la combinaison génère beaucoup de pollution (si toutes les deux décident de vendre, la solution sera sous optimale) mais dont la production séparée n'en génère aucune (si un seul bien est vendu, l'entreprise voit ses résultats progresser fortement). Il faudrait en plus supposer que chaque entreprise ne peut produire qu'un type différent de produit que l'autre entreprise.

1. Le principe : l'attribution des droits à la personne qui les valorise le plus

Sous l'angle normatif, la prise en compte du théorème de Coase et des coûts de transaction permet d'élaborer des « recommandations » concernant l'attribution des droits. Les coûts de transaction sont en effet, pour partie, endogènes. Le système juridique peut donc favoriser l'efficacité en minimisant les coûts de transaction ou en attribuant les droits à la personne qui les valorise le plus.

Si nous sommes dans le domaine de validité du théorème de Coase, étendu aux cas où globalement le marché performe mieux que l'organisation, l'objectif sera de minimiser les coûts de transaction (ce n'est donc pas parce qu'il existe des coûts de transaction que l'action étatique est nécessaire). Ces coûts représentent en effet le seul paramètre sur lequel agir puisque la coordination par l'organisation est plus coûteuse que la coordination par le marché. Si nous sommes en dehors du domaine du théorème de Coase, il est aussi possible de voir dans la limitation des coûts de transaction un remède, même si la limitation est ici drastique.

Un des moyens permettant de limiter les coûts de transaction revient à allouer les droits de façon à ce que les réallocations ne soient pas nécessaires, c'est-à-dire qu'il faut attribuer les droits à la personne qui les valorise le plus (notons que cette « prescription » est valable dès lors qu'il existe des coûts de transaction qui sont par définition « perdus » pour l'échange). « Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out »¹⁴⁷⁶. Un tel système est un système au cas par cas et revient à « imiter » les résultats du marché sans utiliser ceux-ci (il faut donc supposer que l'information du décideur est suffisamment complète et peu coûteuse pour qu'il puisse faire son office). Cette règle prescriptive doit prévaloir lorsque les coûts de transaction sont suffisamment importants pour que le marché soit moins efficace que l'organisation. Notons qu'ici la question de la distribution des richesses est laissée de côté, nous restons dans la logique de l'efficacité « pure » conformément à la logique économique.

Il est peu probable que la règle selon laquelle le droit appartient à la personne qui le valorise le plus soit facilement réalisable et conduise à une sécurité juridique suffisante pour permettre des anticipations de la part des individus (le coût informationnel est en effet prohibitif dans un tel cas), ce que Coase a d'ailleurs mentionné en signalant l'arbitrage entre sécurité juridique et efficacité économique¹⁴⁷⁷ (à court terme). L'existence d'un système juridique laisse supposer que le recours à un système au cas par cas est inefficace. Ce raisonnement a une validité limitée si

¹⁴⁷⁶ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 19

¹⁴⁷⁷ Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, op cit, p 19

l'objectif est d'en faire une règle de décision juridique, point sur lequel nous consacrerons de plus longs développements dans notre seconde partie.

Si les droits peuvent graviter automatiquement autour de la personne qui les valorise le plus, les marchés n'ont plus d'intérêt puisque justement leur rôle est de « révéler » la valorisation. La présence des marchés signifie qu'une telle prescription pose des difficultés d'identification des valorisations des individus concernant les droits.

2. Mécanismes de second ordre : la logique procédurale

Si le système juridique (ou n'importe quelle organisation supra individuelle) ne peut identifier avec précision des individus qui valorisent le plus les droits, l'attribution des droits passe par un mécanisme de second ordre. La logique est alors procédurale en ce sens que la question devient celle de l'identification d'une procédure permettant d'engendrer un résultat efficient (solution souvent décentralisée). Comme l'explique Friedman pour défendre la logique procédurale (et la coordination décentralisée) : « *One point that may have occurred to you is that choosing the right legal rules requires a good deal of specific information about the problems they are going to be applied to – information that a court may not have. That is one argument for the principle of freedom of contract* »¹⁴⁷⁸

La première solution de second ordre est donc de faciliter le fonctionnement des marchés (cette solution est d'ailleurs une condition pour l'utilisation du théorème de Coase). *S'il n'est pas possible d'identifier les personnes qui valorisent le plus les droits, il faut favoriser le transfert des droits vers celles-ci* : si les marchés fonctionnent correctement, les individus qui valorisent le plus les droits pourront les acquérir si les coûts de transaction ne sont pas trop élevés. Le système juridique doit alors fournir une structure institutionnelle permettant à ces marchés d'approcher le modèle de la concurrence pure et parfaite ou au moins fournir un système dans lequel les anticipations des agents ne sont pas systématiquement (ou avec une grande probabilité) déçues. Cette structure institutionnelle n'est autre qu'une structure qui va minimiser les coûts de transaction. Il faudra donc un droit de la propriété (cela évite de négocier pour définir précisément le contour de ces droits), un droit des contrats (pour permettre une négociation efficiente et éviter les circularités) et un droit de la concurrence (pour favoriser le bon fonctionnement « structurel » des marchés) suffisant pour « réguler » ces marchés. De la même manière, la jurisprudence doit être suffisamment claire et stable pour permettre aux individus d'anticiper les décisions de justice et donc de négocier dans l'ombre du droit (surtout si le règlement d'un conflit par le système juridique a un coût).

¹⁴⁷⁸ David Freedman, *Law's Order*, op cit, pp 61-62

Sans pouvoir identifier la personne qui valorise le plus les droits, le système juridique pourra éventuellement identifier d'autres caractéristiques des personnes susceptibles d'aider à l'allocation optimale des ressources. Il s'agit alors, en droit de la responsabilité, d'identifier l'individu qui pourra éviter le dommage ou le réparer au moindre coût¹⁴⁷⁹. Si par exemple l'activité d'une entreprise conduit à une pollution sonore et que le coût pour éviter cette pollution est de 100 000€ pour l'entreprise alors que le coût pour les riverains subissant cette pollution est globalement de 200 000€, il sera préférable de considérer que l'entreprise est responsable. Si le coût pour les riverains est inférieur à 100 000€, il sera plus efficient de considérer que les citoyens doivent eux-mêmes « payer » pour ne plus subir une telle pollution.

Le législateur ou le juge pourra aussi identifier, par exemple, dans le cas de l'attribution des responsabilités, la personne qui pourra s'assurer au moindre coût. Cette personne pourra être tenue responsable de ce seul fait et parfois même sans faute de sa part. Dans le cas des produits défectueux, il est probable que ce soit l'entreprise qui soit capable de s'assurer au moindre coût. L'assurance lui « coûte » quelque chose qu'elle va répercuter sur ses prix. En revanche, un individu n'aurait pas pu s'assurer pour un prix inférieur si bien qu'il achète correspond au seul prix du bien. L'individu est donc obligé « d'acheter » l'assurance avec le bien, ce qu'un individu rationnel ferait si l'augmentation du prix du bien en raison de l'assurance était inférieure au prix qu'il serait prêt à payer pour obtenir une assurance. Cependant certains individus pourraient être prêts à acquérir le bien sans assurance notamment pour des raisons de contraintes budgétaires ou de différences dans l'aversion au risque.

D'autres solutions du même type sont envisageables mais toutes se fondent sur l'idée que la procédure conduit à l'efficiency sans pour autant la déterminer. Ce point est fondamental dans la mesure où il serait possible de considérer que la société elle-même dispose d'une rationalité limitée et fonctionne à l'aide de procédures. La conception du social comme individu global constitue un trait caractéristique du raisonnement économique. En poussant le raisonnement, de même qu'un individu apprend, la société va apprendre les règles de coordination lui permettant de survivre et d'être plus efficiente.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, voir Guido Calabresi, *The Costs of Accident*, op cit, p 135 : « *A pure market approach to primary accident cost avoidance would require allocation of accident costs to those acts or activities (or combinations of them) which could avoid the accident costs most cheaply* »

§2. La reconstruction de l'émergence et du développement des phénomènes juridiques : la mise en évidence de la fonction du droit

L'approche coasienne met l'accent sur la nécessité économique des normes pour un bon fonctionnement des marchés et plus largement pour une plus grande efficacité dans la coordination des agents. L'idée des coûts de transaction permet ainsi de rationaliser, en partie, la logique des normes et met l'accent sur la fonction de celles-ci.

L'approche coasienne est cependant incomplète. La logique de l'émergence des normes n'est pas posée par l'auteur. Coase suppose implicitement que l'Etat est capable d'agir et, en se focalisant sur les normes étatiques, n'intègre pas suffisamment la logique des normes comme ordre spontané (et c'est sur cette base qu'Ellickson reprochera par exemple à l'analyse économique du droit de ne pas tenir suffisamment compte des normes sociales)¹⁴⁸⁰. De même, l'évolution et la stabilité des normes dépassent le cadre originel de l'analyse en termes de coûts de transaction. Si les normes sont nécessaires et s'il existe un dispositif susceptible de les faire émerger, pourquoi telle norme émerge plutôt que telle autre ?

En se centrant sur la fonction des normes comme outils de coordination, il est possible d'étendre le raisonnement coasien à l'ensemble des phénomènes normatifs et de rationaliser cette dimension des normes à l'aide de l'analyse économique. Cette extension pose cependant une difficulté de taille puisque si le point de vue est centré sur la fonction, la distinction entre le droit et les autres phénomènes normatifs devient extrêmement délicate sous l'angle économique puisque les différentes normes remplissent la même fonction de coordination. La dimension spécifiquement juridique des normes juridiques ne peut donc pas être perçue¹⁴⁸¹.

Les phénomènes normatifs sont entendus ici de façon relativement large, comme des règles « contraignant », consciemment ou inconsciemment, le comportement des individus¹⁴⁸². L'intérêt des normes ne se présentant qu'en cas d'échec de coordination ou d'échec de coordination

¹⁴⁸⁰ Cette supposition provient de l'objectif de son article qui était de critiquer l'approche pigouvienne concernant l'intervention étatique et le traitement des externalités. L'article de Coase a cependant constitué une base sur laquelle s'est greffée un certain nombre d'analyses et ce n'est que récemment que l'analyse économique du droit a retrouvé le problème des normes sociales.

¹⁴⁸¹ Nous reviendrons sur ce point dans le prochain chapitre.

¹⁴⁸² Notons d'ailleurs la difficulté sémantique du mot norme : il signifie à la fois le normal (un comportement normal, suit une « norme ») et un devoir être (il faut respecter les normes). Cette idée se retrouve chez Ellickson (Robert Ellickson, *Order Without Law : How Neighbors Settle Disputes*, op cit, p 126) qui, évoquant les normes, précise leur double sens : « *both behavior that is normal, and behavior that people should mimic to avoid being punished* » (il sous entend donc que les normes sont définies par la sanction; point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir lorsque nous étudierons le « sens » de l'idée de droit ; quelques distinctions apparaîtront cependant dès cette sous partie).

efficace entre les agents, les normes doivent pouvoir remédier à de telles situations et donc « contraindre » les individus. Si le résultat de la coordination était efficace ou jugé comme tel, les normes juridiques (et plus généralement n'importe quel type de norme) n'auraient aucun intérêt, car elles sont coûteuses à établir, à mettre en œuvre, et nécessitent l'existence d'un « appareil » – coûteux lui aussi – pour les faire respecter. Les normes morales et juridiques auront ainsi pour objet « d'altérer » le comportement des individus¹⁴⁸³ et il s'agit là d'une caractéristique fondamentale de l'approche économique des normes, sur laquelle nous reviendrons dans la prochaine sous partie : si elles n'ont pas d'influence sur le comportement des individus, elles ne peuvent pas être analysées économiquement et finalement toute discussion touchant le choix des normes ne pourrait se faire sur des fondements « rationnels ».

Il semble évident que les individus évoluent dans un tissu normatif et partagent un certain nombre d'intuitions morales qui « contraignent » leurs actions. Si Pierre aide Jean pour un exercice de mathématiques, on comprendrait mal que, dans les mêmes circonstances, Jean n'aide pas Pierre pour un exercice de français par exemple (il est même tout à fait possible qu'il existe une forme de sentiment de « devoir »). Certains comportements « asociaux » sont vivement critiqués et le respect de codes de conduite semble s'imposer de lui-même (code vestimentaire, culturel, etc...).

Ce tissu normatif pourrait conduire à reprocher au modèle de rationalité « économique » son imperfection, l'efficacité n'étant pas la norme qui est promue par le système « social » : agir sur le fondement de « normes » est très différent de l'action sur un fondement conséquentialiste, au moins au niveau conscient¹⁴⁸⁴ (et fonde en partie l'opposition entre sociologie et économie). Le jeu de l'ultimatum par exemple ne semble pas traduire une parfaite rationalité des agents et conduit possiblement à des résultats sous optimaux. Plus généralement, l'adoption de « routines » est a priori contraire au postulat de rationalité et à l'idée d'efficacité (suivre une routine, c'est ne pas se fonder sur un raisonnement conséquentialiste). Sous cet angle, il pourrait être pertinent de se limiter à l'analyse du comportement dans un système normatif donné, sans s'intéresser à la dynamique et à l'émergence de ce système normatif. Comme le fait cependant remarquer Coleman, « *Much sociological theory takes norms as given and proceeds to examine individual behavior or the*

¹⁴⁸³ Notons qu'il est impossible, sous cette hypothèse, d'agir en dehors d'un « cadre normatif », l'action « pure » est strictement impossible par définition. Il serait dans ce cadre parfaitement possible d'évoquer la norme de rationalité. L'idée de norme renvoie aussi à une idée d'extériorité, notamment pour la sanction. Nous établirons, dans cette sous partie, une première typologie.

¹⁴⁸⁴ Il est tout à fait possible, et c'est ce que nous analyserons ici, que l'action sur le fondement de normes soit la résultante d'une action sur le fondement conséquentialiste et que la norme soit si bien internalisée que la logique conséquentialiste a été oubliée. La question de la valeur « normative » du droit fera l'objet d'une analyse plus détaillée dans la suite de notre thèse.

behavior of social systems when norms exist. Yet to do this without raising at some point the question of why and how norms come into existence is to forsake the more important sociological problem in order to address the less important »¹⁴⁸⁵. Autrement dit, se limiter à l'analyse des normes existantes ne permet pas d'acquiescer une vision globale du système. Dans le cadre juridique, la connaissance d'une des « raisons » d'une norme permet de faire évoluer plus facilement le système et peut être utilisée par le législateur ou le juge pour modifier – et justifier cette modification de – la loi ou la jurisprudence.

Economiquement, il est possible d'endogénéiser les normes en se plaçant dans une approche dynamique (et en acceptant l'idée d'une rationalité limitée). La théorie des jeux fournit les outils permettant de construire cette approche « rationnelle » de la question de l'émergence et de l'évolution des normes, absente du raisonnement coasien classique(A), mais conduit alors à une ambiguïté entre les différents phénomènes normatifs comme le droit, la morale ou encore tradition. Cette approche vise donc à « prouver » « économiquement » que suivre une norme peut être rationnel et globalement efficient¹⁴⁸⁶. Il s'agit en un sens de « déconstruire » la normativité apparente de la norme pour en expliciter la logique (il existe une « raison » à l'apparition des normes).

L'analyse de la « vie » des normes via la théorie des jeux pourrait faire perdre de vue la logique globale des phénomènes normatifs qui se retrouve notamment (et même originairement) dans l'œuvre de Hayek (B). *Le droit est un système adaptatif complexe – et participe à un système plus vaste – de coordination des actions des individus*. Hayek présente une véritable dynamique du cycle micro macro à l'œuvre dans les systèmes normatifs. Il permet d'unifier l'approche en termes de rationalité individuelle et l'approche en termes de normes. Sous cet angle, le droit n'est pas que « rationnellement » créé mais correspond au produit involontaire des actions des individus. L'opposition entre l'approche de Hayek et celle prônée par l'analyse économique du droit néoclassique se situe dans la valeur du droit créé spontanément. Cette valeur est déterminante pour la justification économique de l'activisme du juge¹⁴⁸⁷.

Ces deux approches permettent de rationaliser n'importe quel type de norme tout en insistant sur la fonction de coordination du droit (et des normes). En un sens, l'idée de l'homo economicus comme Robinson Crusoe fait perdre la dimension sociale pourtant fondamentale. Les

¹⁴⁸⁵ James Coleman, *Foundations of Social Theory*, op cit, p 241

¹⁴⁸⁶ Du point de vue épistémologique, le changement de niveau permet de « protéger » la théorie qui finalement est toujours valable si le niveau d'analyse est « le bon ». Cette possibilité pose cependant la question de l'arbitrage entre les différents niveaux.

¹⁴⁸⁷ C'est d'ailleurs pour cela que Posner considère que l'approche hayekienne du droit n'est pas compatible avec sa propre théorie.

phénomènes normatifs sont conditionnés par cette dimension sociale tant il est vrai qu'on ne peut suivre seul une règle. La pondération de cette dimension sociale permet de justifier, mais aussi de critiquer, les différents types d'analyses.

L'éclairage sur l'origine et le processus d'évolution des normes a un impact important sur les possibilités d'actions politiques en la matière. Si les normes résultent de propriétés émergentes, la légitimité de leur modification sera différente de la situation dans laquelle les normes résultent d'une construction rationnelle. La prise en compte de la dimension systémique des phénomènes normatifs conduit aussi à modifier la perception des possibilités d'action et étend les paramètres pour une modification efficiente de certaines normes.

A. L'extension du modèle Coasien à l'aide de la théorie des jeux : approfondissement des intuitions sur la fonction de coordination des normes

Si nous souhaitons rester dans le cadre de l'analyse économique, il faut expliquer les normes à partir du comportement des individus. Les actions des individus vont engendrer les normes – soit consciemment, et ce sera le cas du droit, soit inconsciemment et nous retrouvons les normes sociales – qui vont ensuite influencer le comportement des individus (soit car les individus vont internaliser ces normes soit car le respect des normes est « assuré » par une sanction) et ce mouvement est circulaire (nous passons du niveau micro au niveau macro avant de revenir au niveau micro et d'engendrer un nouveau cycle. Ce cycle est d'ailleurs perpétuel et difficilement prévisible pour des raisons à la fois épistémologiques et ontologiques). Cette dynamique n'est pas perçue par Coase (et par de nombreux tenants de l'analyse économique du droit) qui semble considérer que les normes (ne) peuvent (qu') être directement créées par les acteurs¹⁴⁸⁸.

De ce point de vue, le droit, la morale ou les traditions ne sont que des sous-distinctions de phénomènes normatifs plus larges, des modalités¹⁴⁸⁹ différentes de coordination des individus. L'analyse économique ne permet pas de déterminer précisément si telle ou telle norme prendra la forme d'une norme morale, d'une norme juridique ou d'une norme issue de la tradition. Certaines études laissent penser que le « choix » entre ces différentes modalités des normes dépend des considérations d'efficience. Pourtant il est tout à fait possible, théoriquement, qu'une

¹⁴⁸⁸ Ce qui explique d'ailleurs que Coase considère que le droit est nécessaire en l'absence de coûts de transaction alors que l'absence de coûts de transaction suppose que ces droits sont biens définis.

¹⁴⁸⁹ Au sens large, nous verrons que la distinction se fait par le moyen de rendre une certaine stabilité à la norme.

solution « sous optimale » soit stable¹⁴⁹⁰. Les approches issues de cette tradition tendent généralement à considérer qu'il peut exister une action directe et consciente des individus sur les normes. La distinction entre ces différentes modalités se situerait donc, en partie, au niveau du coût de maintien du système normatif.

L'utilisation de la théorie des jeux, notamment évolutionnaire, permet de rendre compte de la vie des normes (1), c'est-à-dire de leur émergence, de leur maintien et de leur disparition. Elle complète et étend le raisonnement coasien en termes de coûts de transaction et permet de nouvelles typologies des « normes » en termes de fonction (les normes permettent certes d'agir sur les coûts de transaction, ou sur l'effet de ces coûts de transaction, mais le raisonnement en termes de théorie des jeux apporte davantage). Une meilleure compréhension de la fonction des normes et de leur évolution est fondamentale pour le juriste ; c'est en effet cette approche qui permet de rationaliser et éventuellement de prévoir les revirements de jurisprudence et les phénomènes comme les principes généraux du droit, les usages (notamment en droit commercial), ou l'évolution des standards comme le « bon père de famille ».

Cette approche de la rationalité des normes pose aussi plus directement la question de la distinction entre les différents types de normes et leur efficacité « comparée » (2).

1. la théorie des jeux, un outil pour rendre compte de la vie des normes

Cette sous partie vise à présenter un modèle alternatif ou « plus complet » que le modèle coasien. Il s'agit de rendre compte de l'origine et de l'évolution des normes. La logique économique ne peut comprendre celles-ci qu'en raison de leur(s) fonction(s) dans la mesure où cette approche est essentiellement conséquentialiste (en raison de son code).

Deux dimensions sont nécessaires pour une compréhension de la vie des normes comme produit « économique ». Premièrement, il est nécessaire de s'intéresser aux justifications économiques visant le maintien et la disparition des normes (a). Ces explicitations permettent de rendre compte, au moins a posteriori, de l'évolution des normes et peuvent fournir des informations, a priori, sur l'évolution future de ces normes. Il nous faudra approfondir ici le raisonnement coasien en proposant de nouvelles distinctions.

Deuxièmement, il s'agit de compléter le raisonnement de Coase en nous intéressant à la délicate question du phénomène d'émergence des normes (b). Si une norme est « nécessaire » au bon

¹⁴⁹⁰ Si nous considérons que la stabilité n'équivaut pas à l'efficacité, ce qui correspond généralement à une proposition indécidable.

fonctionnement du système économique, cela ne conduit pas obligatoirement à la reconnaissance et à l'utilisation de cette norme par les individus, même si cette adoption est a posteriori « rationalisable ». Un parallèle pourrait être réalisé avec les biens publics : même s'ils sont à l'avantage de tous, leur production n'est pas assurée en raison du problème de l'action collective.

a. Justifications économiques du maintien et de la disparition des normes

Pour Coase, la norme sert simplement à réduire les coûts de transaction. Néanmoins, il semble que sans l'intervention « d'autorités », le changement des normes n'est pas possible. Le raisonnement coasien est donc très incomplet concernant la vie des normes notamment en ce qu'il fait disparaître toute idée de norme sociale (qui peuvent cependant jouer un rôle au niveau des normes juridiques – comme par exemple les usages commerciaux). Il serait toujours possible de reformuler ces considérations en évoquant l'évolution de la structure des coûts de transaction mais il y aurait alors une certaine artificialité dans le processus et les coûts de transaction ne correspondraient plus qu'à une catégorie dont la construction ad hoc permet de rationaliser absolument tout (ce qui est cependant déjà le cas). L'approche en termes de théorie des jeux¹⁴⁹¹, c'est-à-dire lorsque l'efficacité d'une interaction dépend pour partie du comportement des autres individus semble de ce point de vue moins artificielle et beaucoup plus intuitive pour expliquer à la fois le maintien – en considérant que suivre la norme est efficient (1) – mais aussi l'évolution et la stabilité des normes (2).

1. L'efficacité du respect des normes, postulat de l'analyse économique

Si les individus sont rationnels, ils ne respectent les normes que s'ils y ont un « intérêt »¹⁴⁹². Ce point constitue un postulat de l'analyse économique ; le respect de n'importe quelle norme en vigueur peut être considéré comme rationnel en avançant qu'il existe une « préférence » des individus pour le respect de cette norme. Il s'agira ici d'aller au-delà de cette explication circulaire ou plus précisément de fournir une explication circulaire plus élaborée en proposant des « raisons » à l'adoption de ces « préférences ». Ces éléments ne permettant que de compléter l'approche coasienne, cette présentation sera relativement brève.

¹⁴⁹¹ Notons que la théorie des jeux est utilisée ici pour caractériser la dimension sociale des actions des individus. L'individu interagit et doit tenir compte de l'impact de ses actions.

¹⁴⁹² La question de la normativité du droit sera étudiée plus spécifiquement dans le second chapitre de ce titre.

Nous n'envisagerons pas ici la question de la normativité du droit qui fera l'objet d'une étude dans le prochain chapitre. Nous souhaitons simplement présenter des justifications économiques possibles du maintien des normes. Deux possibilités se présentent : soit le respect de la norme est directement efficient pour l'individu (a), soit le respect de la norme est efficient si l'accent est mis sur le groupe (ou plus précisément l'intérêt de l'individu comme membre d'un groupe) (b)¹⁴⁹³. Cette dernière possibilité est évidemment plus « complexe » et caractérise davantage la logique des normes.

a. Une première raison du maintien et du respect d'une norme, qu'elle soit juridique, morale ou traditionnelle, peut se rechercher dans l'intérêt pur de l'individu (intérêt qui peut n'être qu'évolutionnaire). Plusieurs niveaux peuvent être mis en avant.

Si l'individu évolue dans un monde incertain, le respect des normes permet d'assurer une certaine permanence ce qui favorise une diminution des coûts de prise de décision¹⁴⁹⁴. Supposons par exemple que deux voitures arrivent à un carrefour. Le respect de règles prédéterminées est potentiellement efficient en raison du coût de la prise de décision qui inclut notamment la probabilité d'avoir un accident, la magnitude de cet accident, le coût de l'attente du passage de l'autre véhicule, etc... La norme juridique (le raisonnement pourrait être étendu aux normes sociales) fait donc office d'outil de cognition externe et son intérêt est évident, notamment lorsque l'information n'est pas parfaite (en ce qui concerne l'ensemble des éléments à prendre en compte, on suppose, dans notre exemple, que la norme juridique est suffisamment connue) ou que les capacités de calcul d'un individu ne sont pas suffisantes. Le droit propose ou définit des règles de comportement des individus par défaut. En un sens les routines et autres habitudes pourraient se rationaliser de la même manière : elles fournissent un « point focal » qu'il est aisé d'utiliser¹⁴⁹⁵. L'idée de norme va cependant plus loin en ce qu'elle suppose que la violation de cette norme est « sanctionnée » soit de façon interne soit de façon externe.

¹⁴⁹³ Axelrod distingue différents mécanismes susceptibles d'entraîner le respect des normes : les méta-normes, la dominance, l'internalisation, l'incitation, le social, l'appartenance à un groupe, le droit ou encore la réputation (Robert Axelrod, *An Evolutionary Approach to Norms*, op cit, spécialement pp 1102-1108). Il nous semble que ces différentes modalités peuvent être réintégrées dans le cadre de notre analyse.

¹⁴⁹⁴ Ce point est par exemple mentionné par Jon Elster, *Social Norms and Economic Theory*, op cit, p 106

¹⁴⁹⁵ Voir par exemple Richard McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 2000, *Virginia Law Review*, vol 86, pp 1649-1730. Comme l'explique McAdams : « *Focal points matter not merely to pure coordination games but to any game with multiple equilibria, including situations where individual interests conflict to a substantial degree* » (ibid, p 1728). Pour notre exemple, le droit peut donc favoriser l'émergence de conventions. Les conventions peuvent cependant être distinguées des autres normes juridiques dans la mesure où elles ne nécessitent pas de sanctions pour être respectées.

Le respect d'une norme par un individu peut aussi être considéré comme efficient parce que l'individu anticipe que son respect conduira les autres individus à agir d'une façon qui pourra servir ses « intérêts ». Dans ce cas, la norme est coûteuse à appliquer pour l'individu à court terme mais permet la sélection d'un équilibre de long terme augmentant l'utilité de l'individu.

Du point de vue de la théorie des jeux, le respect d'une telle norme peut être efficient car il rend les menaces « crédibles ». La norme de vengeance est simple à comprendre de ce point de vue. Si un individu A cause un tort à l'individu B (il va par exemple salir son honneur, lui voler quelque chose ou « tuer » un membre de sa famille), l'individu B pourra respecter une norme de vengeance et causer du tort à l'individu A. Il est logique que la mise en œuvre de la vengeance soit coûteuse (le cas des vendettas par exemple). Le fait que B se venge et que B soit connu comme un individu rancunier va inciter les individus à ne pas « causer » du tort à B et cette incitation sera beaucoup plus forte que si B ne se vengeait pas. La norme de vengeance conduit dès lors à pacifier la société (ce qui est bon à la fois pour l'individu et pour le groupe). Dans la même logique il serait possible d'expliquer le code d'honneur.

Si le respect d'une norme est coûteux pour un individu et que ce respect ne s'explique pas par la nécessité de rendre les menaces crédibles, il est toujours possible de considérer que le respect de la norme joue le rôle de signal¹⁴⁹⁶. Ceci suppose donc que nous nous situons dans un environnement dans lequel l'information n'est pas parfaite. Les normes vestimentaires ou de langage peuvent s'expliquer avec cette logique. Leur respect peut être considéré comme un investissement permettant de « révéler » son type. Un individu qui ne va pas « rompre » un contrat même si cela était dans son intérêt à court terme pourra être considéré comme fiable¹⁴⁹⁷ et non comme un opportuniste sur lequel on ne peut pas compter. Ceci peut expliquer que le respect des contrats soit globalement valable et que la rupture ne puisse se justifier que dans des circonstances bien particulières et qui vont au-delà d'une « perte » minimale engendrée par la non rupture.

Dans les trois premiers cas, la norme est respectée même en l'absence de sanction en cas de non respect. Si la norme est pourvue d'une sanction effective, il est possible de considérer que le respect et le maintien d'une norme dépend tout simplement d'une analyse coûts-bénéfices. Cette

¹⁴⁹⁶ Nous retrouvons ainsi la logique de l'habitus de Bourdieu (qui ne part bien évidemment pas des postulats de l'économie néoclassique).

¹⁴⁹⁷ Nous retrouvons cette logique dans Eric Posner, *Law and Social Norms*, op cit, pp 18-27. P 24, l'auteur prend l'exemple des relations familiales, notamment des relations entre hommes et femmes dans le cadre du mariage et il explique « *Forgetting a birthday or anniversary creates anxiety that the relationship is on the decline, and calls for a complicated ritual of mutual reassurance. People send signals in order to establish and enhance trust within valuable relationships* » (ce qui est évidemment coûteux).

logique est suivie par l'analyse économique du droit et nous aurons l'occasion de la détailler par la suite. Si, par exemple, le bénéfice tiré d'un vol est inférieur au coût estimé de la sanction pour ce vol, l'individu respectera la norme (l'individu n'est donc pas moral mais peut afficher sa moralité). Pour que cette logique fonctionne, il semble nécessaire qu'il existe « un tiers » (individu ou groupe) susceptible de faire appliquer la sanction. Notons que la sanction peut être « interne » (ce sera par exemple le cas du sentiment de honte, de culpabilité, etc. ; cette sanction suppose donc une internalisation de la norme¹⁴⁹⁸ ; le tiers correspondant par exemple à « la conscience ») ou « externe » (ce sera le cas, pour le droit, des amendes, des peines de prison et autres sanctions ou encore, pour les normes sociales, le rejet du groupe, la désapprobation sociale, le boycott, etc.).

La sanction ne semble pas toujours nécessaire pour assurer le respect de la norme (jeu de coordination pure par exemple, et encore... *infra*). Cependant, la sanction est une condition traditionnelle du respect d'une norme (qui se distingue de la simple convention) – notamment pour sortir d'un dilemme du prisonnier – même si alors la question devient celle du niveau de sanction adéquat et de ses moyens. En ce qui concerne le niveau de la sanction, le cas de la loi sur la parité est ici pertinent : sans sanction adéquate, cette loi n'est pas respectée alors même que beaucoup s'accordent à considérer que son respect serait une « bonne » chose. De même, la sanction optimale est une sanction qui n'est ni trop légère, ni trop lourde – puisque dans les deux cas elle conduit à un niveau de respect sous optimal. La question fondamentale est alors de savoir quel est l'objectif de la règle pour ensuite pouvoir évaluer l'optimalité de la sanction. Cependant la détermination de l'objectif de la règle peut ne pas être économique.

Concernant les moyens de la sanction, signalons que sanctionner a un coût, soit pour le groupe lorsqu'il existe un système juridique par exemple, soit pour les individus¹⁴⁹⁹ lorsque la sanction pour non respect des normes n'est pas le monopole d'un « appareil » mais appartient directement aux individus. Nous avons ici une première distinction entre le droit et les normes sociales. Le point le plus intéressant pour nous est constitué par une sanction décentralisée. En effet, sanctionner le non respect d'une règle est coûteux pour les individus. Il faut alors considérer que la norme de sanction pour non respect d'une norme est une norme rationalisable à l'aide des trois premières modalités de respect de la norme (et rien n'interdit de faire une régression à l'infini, s'il existe une règle de sanction pour non sanction d'un acte ne respectant pas une norme sociale).

¹⁴⁹⁸ Sur ce point, voir Richard McAdams et Eric Rasmusen, Norms and the Law, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages (hors index), vol 2, pp 1573-1618, spécialement pp 1579-1581 (où les auteurs présentent les différents types de sanctions “internes”).

¹⁴⁹⁹ En fait, plus directement pour les individus dans la mesure où même s'il existe un « appareil », ce sont les individus qui devront le financer.

En tout état de cause, la nécessité de la sanction suppose que si cette dernière n'existait pas, l'individu se comporterait différemment. Autrement dit, l'utilité de l'individu serait supérieure en l'absence de cette norme. Dès lors la nécessité du respect de la norme doit se situer à un niveau plus élevé, celui du groupe.

b. Suivre et maintenir une norme peut s'expliquer par l'efficacité générée alors pour le groupe (ou pour les individus appartenant au groupe, si nous voulons rester dans la logique de l'individualisme méthodologique). Le groupe n'étant pas un agent économique au sens strict, le passage de l'individu au groupe suppose que l'individu dispose d'une dimension sociale¹⁵⁰⁰, par exemple car ses préférences ne sont pas purement égoïstes, car il existe des intérêts communs entre l'individu et les autres individus du groupe, ou encore car son sort est lié à celui du groupe. Si l'intérêt de l'individu et l'intérêt du groupe ne sont pas incompatibles, nous nous situons dans le cas où le respect de la norme s'explique par la rationalité individuelle « pure ».

Si l'intérêt du groupe et l'intérêt de l'individu semblent incompatibles, le « groupe »¹⁵⁰¹ devra mettre en œuvre des stratégies afin d'obliger les individus à respecter ces normes. Trois grandes stratégies sont alors possibles : le groupe (par le biais des individus) peut modifier la perception de l'individu pour que l'intérêt du groupe et l'intérêt de l'individu ne soient plus incompatibles, il peut aussi conduire l'individu à internaliser la norme. Enfin le groupe peut tenter d'assurer le respect de la norme par une sanction¹⁵⁰².

Notons que même si le sort de l'individu est lié à celui du groupe, l'intérêt de l'individu ne correspondra pas nécessairement à celui du groupe. Pensons à l'environnement (et aux biens publics) : si le groupe et les individus peuvent voir leur utilité augmenter par une baisse du niveau de pollution, cela ne signifie pas que le non respect de la règle par un individu ne puisse pas être « bénéfique » pour un individu particulier (par exemple car la pollution individuelle est infinitésimal par rapport à la pollution globale). Nous retrouvons le phénomène du passager clandestin et de la tragédie des communs.

¹⁵⁰⁰ Sans quoi l'intérêt du groupe ne pourra jamais être pris en compte par l'individu.

¹⁵⁰¹ Le groupe reste nécessairement un ensemble d'individus, ce qui pose la question de l'émergence qui sera abordée par la suite.

¹⁵⁰² Notre présentation sera relativement brève même si certains thèmes, comme l'altruisme, font l'objet d'une très vaste littérature. Nous souhaitons simplement présenter la logique de la rationalisation dans le cadre de l'analyse économique.

1. Le groupe peut tout d'abord agir sur les perceptions de l'individu (ce qui suppose donc que l'information ne soit pas parfaite) afin que celui-ci considère qu'il est dans son intérêt de respecter une norme qui lui semblait inefficace.

Si l'individu égoïste ne respecte pas une norme car elle ne lui semble pas dans son intérêt, le groupe peut tout d'abord « informer » ce dernier qu'il fait fausse route (pensons aux missionnaires catholiques par exemple). En changeant le point de vue, le groupe peut inciter l'individu à adopter des normes plus favorables au groupe. Si nous sommes dans le cadre d'une rationalité limitée, il est possible que l'individu ne prenne pas en compte l'ensemble des paramètres permettant de déterminer si le respect d'une norme participe à la maximisation de son intérêt. Une présentation « pédagogique » de la situation peut l'amener à changer ses habitudes et à considérer comme efficace une règle qui n'était pas perçue ainsi auparavant. Le port de la ceinture de sécurité peut être présenté de telle manière que celui-ci semble dans l'intérêt de l'individu quelles que soient les circonstances – ou au moins dans la très grande majorité des cas.

Plus concrètement, si nous supposons qu'il n'existe pas des paramètres objectifs précis permettant à un individu de déterminer s'il est dans son intérêt de respecter la norme du groupe, le groupe peut pousser l'individu à modifier sa « méthode » d'analyse. En un sens, les systèmes religieux – et le raisonnement pourrait être étendu à l'ensemble des systèmes moraux – visent à ajouter le paramètre de « l'au-delà » et à créer les éléments de celui-ci de toutes pièces¹⁵⁰³. Pensons aux 7 péchés capitaux qui, même s'ils ne sont pas assortis de sanctions terrestres, peuvent être respectés rationnellement en tenant compte de la perte d'utilité dans « l'autre monde » (nous retrouvons une forme de pari pascalien). L'exemple de la charité est également pertinent. Du point de vue d'un individu égoïste, donner sans rien espérer en retour est quasiment impossible (par hypothèse). Nous savons qu'il reste possible de rationaliser cette attitude en ajoutant le gain psychologique lié à la reconnaissance, autrement dit en ajoutant un « gain » dans la balance. Le kamikaze qui perd sa vie pourrait être considéré comme un être irrationnel par excellence pourtant son geste pourrait retrouver une « logique » en ajoutant l'idée que ceux qui meurent pour « Dieu » auront une place de choix au « paradis » (ne donnait-on pas les clefs du paradis à certains kamikazes ? Ne promet-on pas des houris aux martyrs ?). C'est cette argumentation qui a été en partie avancée pour inciter les individus à partir en croisade afin de reconquérir Jérusalem. A la limite, il serait possible par cette méthode de rationaliser la logique – ou du moins une bonne partie de la logique – du « bien » et du « mal » : *le bien est considéré comme tel car il favorise la survie de l'espèce, le mal au contraire pénalise cette survie.*

¹⁵⁰³ Nous ne considérons pas ici que la logique soit la logique de la sanction même s'il est tout à fait possible de présenter ce type de cas ainsi. Nous interpréterons en effet sanction comme sanction « terrestre ».

Modifier la perception semble donc une stratégie possible pour le groupe afin que son intérêt soit promu même si cela ne semble pas dans l'intérêt des individus qui composent ce groupe. Dans ce cas, l'individu respecte la norme non pas car son respect fait partie de ses « préférences » mais car son respect entre dans la logique de maximisation de l'utilité.

2. Si l'intérêt strict de l'individu et l'intérêt du groupe divergent, le maintien de la règle du groupe apparaît plus problématique. L'exemple type de la divergence entre l'intérêt de l'individu et l'intérêt du groupe peut se trouver dans la logique altruiste¹⁵⁰⁴. L'individu altruiste, en tenant compte du sort de son prochain, peut être considéré comme « gaspillant » des ressources pour lui-même (si nous adoptons le modèle de l'homo economicus comme Robinson) au profit d'un autre individu (strictement, il faudrait que sa perte soit moins importante que le gain qu'il apporte au groupe pour que cet altruisme soit reconnu comme efficient pour le groupe), surtout lorsque nous supposons qu'aucune réciprocité directe n'est possible. Pourtant l'altruisme favorise généralement la coopération à l'intérieur du groupe et la probabilité de survie de ce dernier (puisqu'elle favorise la survie des membres du groupe). Comme l'explique Simon : « *If the total contribution of the altruist to the fitness of others is greater than the fitness lost by the altruist, altruism will increase the prospects of the group's surviving in competition with other groups* »¹⁵⁰⁵. Se pose alors la question de savoir comment le respect de telles règles peut survivre alors qu'elles ne sont pas toujours assorties de sanction : autrement dit, comment faire en sorte que l'altruisme mais aussi une large partie des normes morales qui condamnent l'égoïsme puissent provenir d'un calcul rationnel ?

L'internalisation peut résulter de la « pression » d'un mécanisme de l'évolution dans lequel le groupe n'a qu'une influence minime. Par exemple, au lieu de se focaliser sur l'individu en tant que tel, nous pourrions nous focaliser sur son aspect génétique (en le réunitarisant)¹⁵⁰⁶. L'objectif

¹⁵⁰⁴ L'altruisme constituera ici notre exemple de base mais le raisonnement pourrait être étendu aux normes du même type.

¹⁵⁰⁵ Herbert Simon, Altruism and Economics, 1993, *American Economic Review*, vol 83, pp 156-161, p 156. Le mécanisme de sélection de groupe est souvent critiqué. Nous l'utilisons ici en vue d'une simplification de l'argument. En effet, il est possible de rationaliser la sélection de groupe à partir des individus (en raison même du code économique).

¹⁵⁰⁶ La réunitarisation signifie qu'au lieu de prendre l'individu dans son ensemble, on ne s'intéresse qu'à la colonie de gènes que renferme l'individu. Cette réunitarisation conduit à modifier le calcul maximisateur de l'individu rationnel qui ne cherche en fait qu'à maximiser la survie de son patrimoine génétique. Cette méthode est utilisée par Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, op cit, p 46 : « *Survival machines began as passive receptacles for the genes, providing little more than walls to protect them from the chemical warfare of their rivals and the ravages of accidental molecular bombardment* », p 66 : « *We shall continue to treat the individual as a selfish machine, programmed to do whatever is best for its genes as a whole* » et surtout p 88 : « *The key point of this chapter is that a gene might be able to assist replicas of itself that are sitting in other bodies. If so, this would appear as individual altruism but it would be brought about by gene selfishness* ». Cet argument est d'ailleurs utilisé en analyse économique du droit : William Landes et Richard Posner, Altruism in Law and

étant de maximiser la reproduction et la survie d'un patrimoine génétique, certaines dimensions sociales apparaissent alors. La famille ayant la particularité de disposer d'un patrimoine génétique proche, il est possible de s'attendre à une forme d'altruisme plus forte au sein de la famille qu'à l'extérieur. Au niveau le plus abstrait, un tel critère permet d'expliquer un certain altruisme envers le genre humain même si l'éloignement « génétique » peut expliquer en partie que l'altruisme décroisse avec la distance à son propre « groupe ». La norme est alors largement internalisée en ce sens que la norme va atteindre et modifier les préférences mêmes de l'individu. Le niveau psychologique et le niveau « évolutionnaire » doivent donc être distingués : si la logique conséquentialiste ne semble pas à l'œuvre au niveau psychologique, elle peut toujours l'être au niveau « évolutionnaire ». Autrement dit l'altruisme ne correspond dans cette logique qu'à un « *long run material self interest* »¹⁵⁰⁷.

L'internalisation peut aussi résulter de la sélection des individus en raison de leur appartenance à un groupe¹⁵⁰⁸. Si un groupe altruiste est mis en contact avec un groupe d'individus égoïstes et qu'au regard de la dynamique de sélection, les individus égoïstes tendent à disparaître, l'évolution sélectionnera les préférences altruistes sur les préférences égoïstes. L'exemple type est la répétition du dilemme du prisonnier dans les études d'Axelrod¹⁵⁰⁹. Cette expérience laisse entendre que la stratégie de la réciprocité jouit d'un plus grand avantage du point de vue de l'évolution. Cette conception reste schématique dans la mesure où l'altruisme forcé n'est pas évolutionnairement favorisé, de même que l'égoïsme acharné. Comme le fait remarquer Samuelson : « *Heroes who help others will eliminate themselves in doing so, and their strains will tend to die out in the population* »¹⁵¹⁰.

Economics, 1978, *American Economic Review*, vol 68, pp 417-421, pp 418-419 où les auteurs précisent, en parlant des biologistes que : « *They have shown that altruism may increase the likelihood of the altruist's genes surviving in the competition among populations* ».

¹⁵⁰⁷ Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd et Ernst Fehr, Moral Sentiments and Material Interests : Origins, Evidence, and Consequences, in Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd et Ernst Fehr, *Moral Sentiments and Material Interests, The Foundations of Cooperation in Economic Life*, op cit, pp 3-39, p 7

¹⁵⁰⁸ Deux logiques sont à l'œuvre, soit les normes sont internalisées pour permettre à l'individu de favoriser sa survie à l'intérieur d'un groupe particulier, soit les normes sont internalisées pour favoriser la survie du groupe dans son ensemble.

¹⁵⁰⁹ Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, op cit. Notons que l'idée d'un altruisme lié à la réciprocité est plus ancien qu'Axelrod (le premier article sur le sujet est un article de sociobiologie, Robert Trivers, The Evolution of Reciprocal Altruism, 1971, *Quarterly Journal of Biology*, vol 46, pp 35-57). Une grande partie des travaux en la matière sont d'ailleurs surtout des reprises par les économistes des travaux des sociobiologistes (John Maynard Smith est ainsi plus un sociobiologiste qu'un économiste). Nous n'aurons cependant pas l'occasion de développer plus avant cette idée.

¹⁵¹⁰ Paul Samuelson, Altruism as a Problem Involving Group versus Individual Selection in Economics and Biology, *American Economic Review*, 1993, vol 83, pp 143-148, p 143.

Les individus ayant dans leurs préférences des considérations « sociales » seront mieux à même de survivre dans une logique d'évolution à l'intérieur du groupe (et nous retrouvons la logique de maximisation individuelle) et favoriseront, sous notre hypothèse, la survie du groupe auquel ils appartiennent¹⁵¹¹. Le fait même qu'il existe un altruisme peut signifier que la « préférence » pour un certain altruisme a survécu à la compétition entre les préférences¹⁵¹² à l'intérieur d'un groupe et entre les groupes dans lesquels ces préférences ont pu se développer. Autrement dit, l'altruisme « mesuré » doit bénéficier (pour conserver la logique économique) d'un certain « avantage »¹⁵¹³ à la fois pour la survie à l'intérieur d'un groupe mais aussi pour la survie à l'extérieur du groupe originaire (sans quoi le groupe originaire disparaîtrait ainsi que les individus le constituant).

L'internalisation de certaines normes sociales contraires, a priori, à l'intérêt strict de l'individu, peut s'expliquer par cette dimension d'évolution. Nous retrouvons, outre l'altruisme, le mécanisme de la confiance par exemple.

3. La dernière solution vise à inciter plus directement les individus à respecter les normes favorisant la survie du groupe en instaurant des sanctions pour non respect de ces normes (nous retrouvons alors la logique développée précédemment). Cette stratégie correspond à la stratégie adoptée par le droit. En effet, si une norme est dans l'intérêt de l'individu, sa juridicisation n'a aucun intérêt (elle n'est pas nécessaire et ne trouvera jamais à s'appliquer), sauf si elle conduit à solutionner un problème du type dilemme du prisonnier où l'interaction des individus conduit à la sélection d'un équilibre sous optimal (pensons à la propriété privée). En revanche, si elle semble contraire à la logique de maximisation de l'utilité (soit car l'individu maximise de façon myope, soit car l'individu ne dispose pas d'une rationalité parfaite, soit car l'action de l'individu est contraire à l'intérêt du groupe, etc.), sa juridicisation peut avoir un intérêt (pensons aux règles de transparence touchant les marchés publics, aux règles pénales, etc.). Nous reviendrons sur la logique de la sanction et de l'incitation lorsque nous analyserons plus substantiellement ce qu'est le droit dans l'analyse économique du droit.

¹⁵¹¹ Sans le contexte du groupe, l'avantage évolutionnaire de préférences altruistes peut être remis en cause. Un altruiste dans une population d'égoïste risque de disparaître rapidement. Un égoïste dans une population d'altruistes observant une norme de réciprocité disparaîtra lui aussi. Autrement dit, le respect de la norme et son internalisation dépend aussi en partie de l'environnement dans lequel évolue l'individu.

¹⁵¹² Ce qui conduit à pouvoir rationaliser n'importe quelle norme suivie par une grande partie de la population.

¹⁵¹³ En termes de capacité de se reproduire et non en termes d'efficacité (au sens statique et étroit du terme). En tout état de cause rien n'interdit qu'une norme internalisée en raison de son efficacité devienne sous optimale en raison de l'évolution technologique ou de l'évolution des connaissances. Il suffit de penser à la prohibition du porc chez les musulmans qui visait avant tout à une dimension sanitaire et qui même si elle n'a plus lieu d'être (sauf comme signal) est toujours conservée.

Notons que la sanction du non respect des normes peut conduire les individus à internaliser les normes (et il est alors possible de boucler le cycle) : si nous nous situons dans une perspective dynamique, il existe une certaine « co-évolution » entre les normes et les préférences individuelles¹⁵¹⁴. Il est ainsi possible que l'internalisation de la norme « baisse » le coût du respect de la norme en éliminant la possibilité de penser à certaines solutions (et donc en diminuant le coût d'opportunité)¹⁵¹⁵. *Psychologiquement, l'internalisation conduit à percevoir les actions sans la logique de la contrainte* : l'individu ayant internalisé la norme se sent plus libre de ses choix que l'individu ne l'ayant pas internalisée et se la faisant imposer de façon « externe ».

2. La question des mutants et de la stabilité des normes : l'efficacité relative des normes

L'efficacité économique est le résultat de l'interaction des individus. La méthode de coordination définit donc l'efficacité de celle-ci. Avant de nous intéresser à la dimension de l'évolution des normes, signalons que l'efficacité d'une norme comportementale dépend très largement de la culture d'une société, autrement dit l'efficacité d'une norme particulière dépend de l'agencement des différentes autres normes (du système normatif global qu'il soit perçu comme modulaire ou non). Schématiquement un individu qui quitte une société dans laquelle le groupe a une grande importance pour entrer dans une société dans laquelle l'individu prime sur le groupe, ne devra pas conserver ses normes de fonctionnement s'il veut performer dans ce nouveau groupe. De même, si dans une société, les individus développent une préférence pour le respect des normes (dans la mesure où les normes favorisent à la fois l'individu et le groupe) et sont ensuite placés dans une société dans laquelle le respect des normes n'est pas efficace, la préférence pour le respect des normes tendra à disparaître rapidement en fonction de sa sous optimalité¹⁵¹⁶. *Du point de vue du droit, cette logique signifie que transposer purement et simplement un système juridique performant d'un pays vers un autre ne permet pas d'obtenir les mêmes performances dans le second pays*. Un système juridique est en effet performant au regard des préférences des individus et du système normatif plus large dans lequel le système juridique s'insère.

Notons que la sous optimalité d'une norme n'est pas le seul déterminant du changement de norme. En effet, la conformité au groupe peut avoir pour effet de maintenir une norme sous

¹⁵¹⁴ Les économistes commencent à s'intéresser à cette dynamique de coévolution. Voir par exemple, Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, pp 437-469.

¹⁵¹⁵ Cette solution n'est possible que dans le cadre de la rationalité limitée qui suppose que l'espace des possibles n'est pas entièrement connu.

¹⁵¹⁶ Ce point sera souligné lors de l'étude de la dimension normative du droit.

optimale parce que la sanction du groupe pour le non respect des normes est importante (ce point peut cependant être réintégré dans le calcul de la sous optimalité). In fine cependant, ce groupe devrait tendre à disparaître et, avec lui, ses normes lorsque les membres de celui-ci sont en contact avec des membres de groupes externes. Pour que le système dynamique puisse parfaitement fonctionner, il est fondamental que les agents économiques aient la capacité d'apprendre (ce dont l'homme néoclassique n'est pas pourvu).

Il pourrait être possible de mesurer la vitesse d'évolution des normes au niveau individuel avec le temps mis par un agent pour adapter son comportement et changer de normes de référence. Si le changement de groupe conduit à la disparition de la norme en quatre générations, la norme sera moins robuste que si la disparition ne fait en soixante générations ou que si la disparition ne se réalise pas du tout (car la population finale verra émerger un équilibre à la manière d'une chaîne alimentaire).

La norme d'un groupe sera considérée comme stable si, lorsque les membres du groupe respectent la norme, aucun individu ou sous groupe n'a intérêt à dévier de la norme. Autrement dit, le nombre d'individus adoptant une norme différente de la norme du groupe (les mutants pour reprendre le terme technique) et conduisant les autres individus du groupe à adopter leur norme permettrait de « mesurer » la stabilité de la norme du groupe¹⁵¹⁷. Plus le nombre de mutants nécessaire à la modification de l'équilibre est important, plus la norme est stable : « *To test whether a strategy is evolutionarily stable, we must consider not only whether any individual can gain by deviating unilaterally, but also whether any small group of individuals would gain if they happened to deviate in the same way at the same time* »¹⁵¹⁸. Pensons aux phénomènes de mode (la mode étant une norme à part entière) : l'évolution rapide de la norme signifie que la norme de mode actuelle n'est pas stable mais que la méta-norme selon laquelle il faut « suivre », au moins pour partie, la mode, est beaucoup plus robuste. Du point de vue juridique, on pourrait expliquer ainsi certains changements de normes (l'interprétation des règles juridiques varie en effet en fonction des « nécessités du temps présent »). La réparation de la douleur morale est apparue lorsqu'une frange suffisamment importante de la population, et même d'une sous population (celle des juristes¹⁵¹⁹),

¹⁵¹⁷ Pour une approche plus technique de ces questions, voir par exemple, Jonathan Bendor et Piotr Swistak, *The Evolution of Norms*, 2001, *American Journal of Sociology*, vol 106, pp 1493-1545. L'article fournit dans ses annexes une approche mathématique et dispose d'une large bibliographie.

¹⁵¹⁸ Robert Sugden, *Spontaneous Order*, 1989, *Journal of Economic Perspectives*, vol 3, pp 85-97, p 91

¹⁵¹⁹ De ce point de vue, la doctrine en ayant un rôle sur la modification des perceptions et en incitant les membres d'un groupe à adopter le point de vue de l'auteur d'un article, la doctrine a directement une influence dans le mécanisme d'évolution des normes dans la mesure où elle impacte la taille du groupe.

a appuyé une telle solution. Plus spéculativement, la théorie de l'imprévision en droit civil a et devrait continuer à évoluer en raison des critiques de la solution antérieure. L'invasion comparée de l'analyse économique du droit dans les facultés américaines et françaises tend à montrer que la stabilité des normes à l'œuvre dans les facultés françaises est plus importante que dans les facultés américaines¹⁵²⁰. La stabilité d'une norme peut être rapprochée de l'idée de sécurité juridique : sans stabilité cette sécurité n'est pas assurée, avec trop de stabilité, cette sécurité conduit à des blocages.

La mise en place d'une sanction et son niveau conduisent à renforcer la stabilité d'une norme du fait de l'augmentation du coût du non respect de la norme. Cela signifie que si un jeu répété compte de nombreux équilibres et qu'un équilibre peut être soutenu par une sanction, cet équilibre sera stable. Cela indique aussi que si plusieurs équilibres de ce type existent, l'équilibre qui sera efficient sera l'équilibre qui demande le système de sanctions le moins coûteux. Si la stabilité d'une norme sociale est renforcée par la mise en place d'une sanction, cette sanction ne peut intervenir que lorsque le groupe respectant la norme atteint une taille critique permettant à la sanction d'avoir un véritable effet (en supposant que la sanction soit directement imposée par les membres du groupe)¹⁵²¹. Moins la sanction a d'effet, moins la norme sera stable. Si nous supposons que les membres du groupe sont renouvelés, le seuil critique peut être passé à la baisse ce qui conduira potentiellement au changement de la norme en vigueur (nous retrouvons les fameux conflits de générations ou encore la possibilité de revirements de jurisprudence par la modification des juges en place). Dans la même logique, si la perception de la sanction évolue, l'équilibre reposant sur cette sanction pourra lui aussi évoluer (pensons à la perte d'influence directe de la religion en Europe de l'ouest ou à la transformation de certaines sanctions en « signaux » dans certains groupes sociaux).

De même, comme l'économiste raisonne en termes de coût d'opportunité, un équilibre se réalisant sur une norme optimale sera plus stable qu'un équilibre se réalisant sur une norme sous

¹⁵²⁰ Pour une approche plus technique de ces questions, voir par exemple, Jonathan Bendor et Piotr Swistak, *The Evolution of Norms*, 2001, *American Journal of Sociology*, vol 106, pp 1493-1545. L'article fournit dans ses annexes une approche mathématique et dispose d'une large bibliographie.

¹⁵²¹ Une telle situation est susceptible d'engendrer une dynamique non linéaire puisque le passage d'un seuil conduit à assurer le respect et la stabilité de la norme. Potentiellement, le résultat d'une telle dynamique est imprévisible. En utilisant les processus à la polyà, il serait possible de considérer qu'à la place des boules bleues et rouges, nous avons à faire avec deux normes possibles de coordination et qu'à chaque tour un individu est ajouté et il adoptera la stratégie du premier individu qu'il rencontrera. Cette dynamique conduit à un espace infini des équilibres possibles puisque justement n'importe quelle combinaison peut constituer un équilibre. Ajouter la capacité d'adaptation des individus revient à complexifier le modèle, par exemple en supposant qu'une partie des individus est remplacée au fur et à mesure de la dynamique. Cette logique peut éventuellement conduire à un changement d'équilibre.

optimale, toutes choses égales par ailleurs. Néanmoins, si l'équilibre se réalise autour d'une norme sous optimale et que la sanction pour déviation de la norme est trop importante pour permettre la migration vers l'équilibre optimal, cet équilibre peut se maintenir et ne pourra pas évoluer spontanément vers un équilibre plus efficient. Si la jurisprudence arrive à un tel équilibre, elle ne pourra en sortir que si le législateur adopte une norme modifiant la position de la jurisprudence¹⁵²². Le problème principal reste cependant d'identifier la sous optimalité de l'équilibre.

L'évolution d'une norme ne tend donc pas nécessairement vers l'adoption de la norme optimale dans un système fermé. Dans un système ouvert, où nous ajoutons à la dynamique un mécanisme de sélection de groupe et que nous supposons qu'il existe au moins un groupe qui utilise la norme optimale (au sens où elle favorise sa reproductibilité), la norme optimale primera si l'univers reste stable (nous retrouvons le problème de l'optimalité dans un système dynamique). Si nous supposons qu'il existe des effets de réseau (l'optimalité dépend en parti du nombre de groupes adoptant la norme) – et plus largement si nous considérons que l'optimalité de la norme ne dépend pas que de ses qualités intrinsèques – la norme a priori la plus optimale ne sera pas nécessairement celle qui va survivre.

b. justifications économiques de l'émergence des normes

S'il est possible d'expliquer la rationalité du respect des normes une fois que la norme existe, il est plus délicat de comprendre comment une norme émerge et pourquoi telle norme émerge plutôt que telle autre. Nous nous intéresserons essentiellement au premier problème même si le second sera abordé à la fin de cette sous section.

Sur le premier problème, un parallèle entre les normes sociales et les biens publics s'avance naturellement : par définition le bien public bénéficie à tous mais personne n'a un intérêt individuel à participer à sa construction. Pareillement, une norme peut être favorable à l'ensemble des individus d'un groupe sans qu'elle puisse émerger. Nous nous intéresserons à l'émergence de normes dans de telles circonstances.

Deux « grandes » traditions sont susceptibles d'expliquer l'émergence des normes. En reprenant les catégories hayekiennes, la première correspond à celle de l'ordre construit : soit une autorité impose aux individus le respect de certaines normes, soit les normes sont le résultat de contrats

¹⁵²² Il suffit par exemple de penser à la loi du 4 mars 2002 (JORF du 5 mars 2002 page 4118) aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui a expressément pour objectif de modifier l'équilibre adopté par la juridiction civile dans l'arrêt Perruche, 17 novembre 2000, Cour de Cassation, assemblée plénière, Bulletin 2000, AP, n°9, p 5

entre les individus (chaque individu pouvant être perçu comme une autorité). La seconde tradition est celle de l'ordre spontané, les normes ne sont pas le produit rationnel et conscient d'un ou plusieurs individus mais émergent des interactions des agents (et la limite avec la seconde branche de la première tradition est alors délicate à tracer). Économiquement, la répétition des jeux fait émerger un ou plusieurs équilibres, plus ou moins stables.

Ces deux types d'ordre ont des conséquences épistémologiques importantes que nous ne devons pas négliger. La connaissance des limites de chacune des représentations des ordres est susceptible d'avoir une influence sur la valeur des théories fondées sur la logique de ces ordres. Toute théorie ne peut en effet être plus « forte » que la méta-théorie sur laquelle elle se fonde (une théorie fondée sur la théorie de rationalité néoclassique ne peut être plus « forte » épistémologiquement que la théorie de la rationalité néoclassique).

Comme nous aurons l'occasion de le constater, l'analyse économique du droit se focalise avant tout sur la construction rationnelle du droit et donc sur les ordres construits, notamment lorsque elle a pour objet de critiquer un système de droit donné. Les ordres spontanés ne sont cependant pas à négliger et sont même à l'origine de la plus grande partie du tissu normatif des sociétés. Ils fondent d'ailleurs la possibilité du droit qui n'est que le résultat d'une dynamique d'interactions. L'analyse économique du droit fournit quelques outils susceptibles de rendre compte de cette émergence. Par ailleurs, la logique des ordres spontanés peut être analysée à l'aide des outils de la théorie des jeux. Si les deux types d'ordre sont en action au sein de n'importe quelle société (les traditions et le droit du législateur peuvent exister au sein d'une même société), il semble qu'aucun outil analytique ne permette de dépasser la logique de chacun des ordres (une théorie de la dynamique de l'interaction entre un ordre spontané et un ordre construit reste à construire même s'il est possible que sa complexité ne permette pas d'en faire un outil analytiquement maniable).

La première tradition est la plus simple à comprendre et correspond à l'approche intuitive (et scientifiquement idéale) dans les sociétés modernes. Les règles juridiques sont, dans ce schéma, le résultat d'un produit conscient d'autorités censées exercer parfaitement leur rôle¹⁵²³. Comme il s'agit d'un produit conscient, les normes d'une société peuvent être modifiées, si elles s'avèrent à l'analyse inefficaces. Le système normatif, dans cette logique, est à proprement parler construit, et les autorités sont perçues comme extérieures et clairement identifiables.

¹⁵²³ Nous complexifierons le schéma lorsque nous aborderons l'approche économique de la production normative. Dans ce dernier cas, il sera parfaitement possible de considérer que l'autorité exercera son pouvoir avant tout dans son propre intérêt.

La dynamique d'émergence dans ce type d'ordre est relativement triviale puisque la norme n'émerge pas des interactions des individus mais est directement construite par un individu ou un groupe particulier, et ce de façon rationnelle. Une norme sera construite pour répondre à une coordination inefficace des agents (si nous supposons que l'autorité à l'origine de la norme remplit bien son rôle)¹⁵²⁴, c'est-à-dire pour améliorer l'efficacité au sein d'une société donnée.

L'ordre construit est donc limité à la capacité individuelle du cerveau (ou d'un petit groupe de cerveaux) ou, pour reprendre la formulation économique, au « degré » de rationalité du ou des décideur(s). En effet, l'identification d'une coordination inefficace et l'identification de la norme efficace ne peuvent être que le produit de rationalités. La rationalité étant en pratique limitée, la construction ne peut pas être plus rationnelle que le décideur ou le groupe de décideurs. Cette limitation vaut aussi pour l'ordre créé par contrat qui est la résultante d'un certain nombre de rationalités identifiables.

Concrètement cela signifie que, par hypothèse, les décideurs peuvent commettre des erreurs, apprendre, et « évoluer ». Du point de vue de l'analyse économique du droit, le décideur n'est autre que le modélisateur. Sa construction ne pourra pas être plus rationnelle que son degré de rationalité. L'évolution des prescriptions de la science économique prouve donc, à elle seule, les limites de l'ordre construit.

Ce type d'ordre ne peut fonctionner que si l'ordre n'est pas trop complexe puisque la complexité demande plus de ressources cognitives de la part des autorités pour identifier et remédier aux inefficacités des interactions des individus.

A cet ordre construit « s'oppose » (ou se superpose) un ordre spontané ou endogène caractérisé par l'auto-organisation et l'auto-génération. Dans cet ordre spontané la question est de savoir « *how rules regulating human action can evolve without conscious human design, and can maintain themselves without there being any formal machinery for enforcing them* »¹⁵²⁵. Sous cet angle, les normes sont le

¹⁵²⁴ Nous proposerons quelques schémas d'inefficacité d'interactions lorsque nous analyserons la dynamique des jeux répétés et l'émergence de l'ordre spontané.

¹⁵²⁵ Robert Sugden, *Spontaneous Order*, op cit, p 86. Logiquement le point de départ « économique » de la réflexion est celui dans lequel il n'existe aucune sanction tout simplement car l'application d'une sanction signifie déjà qu'il existe une norme. Globalement, nous ne pensons pas que la logique de l'analyse économique puisse être autant poussée dans la mesure où la perception du problème de la coordination suppose qu'il existe un certain nombre de règles permettant de définir la structure dans laquelle nous nous trouvons. Autrement dit un monde normativement creux est parfaitement impossible, de la même manière qu'il est toujours possible d'interpréter « ne pas faire » comme « faire ». Le postulat de l'individu rationnel et égoïste pose donc à nouveau problème et l'économie ne peut expliquer que l'émergence des règles de coordination d'un niveau suffisamment élevé. La logique économique peut expliquer l'origine et le développement du langage mais analytiquement cette explication n'éclaire que trop peu.

produit des actions des individus et notamment de la répétition des jeux (au sens de la théorie des jeux). La répétition du jeu et la dynamique de sélection sont supposées conduire à l'émergence de normes. Cette dernière caractéristique permet d'utiliser les outils de l'analyse économique dans la mesure où elle donne un sens à l'idée de maximisation. Avant de présenter cette logique, nous devons revenir sur les caractéristiques de cet ordre car elles en définissent les limites.

Pour qu'un ordre s'établisse, il est nécessaire que les « *réponses des individus aux événements de leur milieu soient semblables dans un certain nombre d'aspects abstraits* »¹⁵²⁶, autrement dit il doit exister des normes de comportement. Si un comportement semble définir une norme, rien n'interdit de considérer que les individus suivent une norme (consciemment ou inconsciemment), c'est d'ailleurs globalement la stratégie adoptée par la sociologie (stratégie que nous tenterons d'approfondir en explicitant l'origine des normes).

L'ordre spontané ne peut être entièrement maîtrisable. N'étant pas le fruit d'une construction et n'étant attribuable à personne mais résultant de l'adaptation des éléments aux nouvelles circonstances, il est nécessairement non maîtrisable dans sa totalité et il ne connaît aucune limite à sa complexité (un ordre spontané peut être théoriquement aussi complexe que nous le souhaitons). Si nous considérons que les normes sont le produit d'un ordre spontané, nous ne pouvons qu'explicitier la logique des solutions et présenter les éléments que le décideur doit prendre en compte. Il sera impossible, scientifiquement, de prescrire une action politique ou une règle juridique. L'ordre spontané reconnaît donc plus directement le caractère limité de la rationalité des acteurs du système.

Pour analyser les phénomènes d'émergence dans un ordre spontané, la théorie des jeux fournit quelques outils susceptibles d'en expliquer la logique. Le modèle général est celui de la théorie des jeux répétés. Afin que cette théorie puisse avoir une pertinence, il est nécessaire de supposer que les individus prennent suffisamment en compte le futur. En effet, sans prise en compte du futur, les jeux répétés ne sont que des jeux simples et ne peuvent pas conduire à l'adaptation de la stratégie d'un agent. Deux grandes logiques sont susceptibles d'expliquer l'émergence d'une norme.

La première vise à se concentrer sur les jeux de coordination pure et engendre, plus que des normes, des conventions dans la mesure où la sanction du non respect de la convention n'est pas nécessaire pour en assurer le respect. Le principe de la convention dans l'approche de Lewis¹⁵²⁷ est justement que les agents auraient pu se coordonner autour d'une autre convention. Nous nous

¹⁵²⁶ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 52, voir aussi p 45

¹⁵²⁷ David Lewis, *Convention : A Philosophical Study*, op cit

restreignons ici volontairement à l'évolution des conventions à l'intérieur du groupe. Quelques éléments sur l'évolution entre les groupes seront présentés dans notre prochaine sous partie. Cependant, rien n'empêche de considérer que les individus représentent des groupes (notre analyse peut donc être réunitarisée).

La logique de l'approche en termes de convention est relativement simple. Nous supposons que les individus doivent s'accorder sur certaines méthodes de coordination¹⁵²⁸ et que toutes ces méthodes sont équivalentes en termes d'efficacité (autrement dit, le problème n'est qu'un problème de sélection d'équilibre). Le jeu de coordination sera répété jusqu'à ce que l'ensemble des individus se coordonne sur une méthode. Supposons qu'il existe 5 méthodes de coordination et 10 individus. Au début du jeu, le choix de chaque agent est aléatoire dans la mesure où le jeu doit commencer pour que la coordination puisse se réaliser. Au fur et à mesure du jeu les individus vont conserver ou modifier la méthode de coordination qu'ils ont sélectionnée à l'instant t . Afin d'accélérer le processus, nous supposerons que l'utilité de l'individu dépend du nombre d'individus ayant fait le même choix concernant la méthode de coordination (sans cette condition, le résultat du processus serait moins simple dans la mesure où il faudrait atteindre un certain seuil de coordination sur une norme pour que la norme devienne la norme du groupe). Logiquement, la norme de coordination qui émergera sera celle sur laquelle le plus grand nombre d'individus se sera accordé à l'instant t et en cas d'égalité à l'instant $t+1$ (etc.). En effet, la règle (et la stratégie efficace) est alors d'imiter (qui est aussi une stratégie de coordination) le choix du groupe le plus nombreux s'organisant autour d'une règle (si chaque règle de coordination est « peuplée » d'un individu et que la règle de coordination la plus peuplée est de 3 individus, les autres membres du groupe auront intérêt lors de la prochaine séquence du jeu à sélectionner cette dernière règle de coordination). Supposons par exemple que le jeu soit le choix de la conduite à droite ou à gauche et que 1000 individus jouent à ce jeu. Si à l'instant t 550 individus roulent à droite et 450 à gauche, à l'instant $t+1$, si les résultats de l'instant t sont connus, l'ensemble de la population se coordonnera sur la conduite à droite. La norme (techniquement la convention) vient d'émerger. Notons qu'une action directe externe, annonçant par exemple le point focal, peut accélérer le processus en conduisant presque instantanément les individus à s'accorder sur ce point sans passage par une étape d'essais et d'erreurs toujours coûteuse.

Si différentes normes de coordination existent et qu'elles peuvent être sélectionnées sur la base de l'efficacité, la connaissance du niveau d'efficacité de la règle devrait suffire à assurer la

¹⁵²⁸ Ce qui suppose déjà qu'il existe des moyens de coordination et donc des conventions...

coordination des individus autour de cette norme (le problème de coordination serait alors totalement dissout).

Le problème devient plus complexe dans les cas de type « bataille des sexes ». En effet, l'efficacité de la norme n'est pas suffisante pour assurer une coordination puisque la sélection d'un équilibre favorise une partie de la population. La dynamique est susceptible de faire émerger plusieurs équilibres : un équilibre favorisant un premier groupe, un équilibre favorisant un deuxième groupe et un équilibre visant à alterner les méthodes de coordination (ce qui suppose la possibilité d'une méta-règle de coordination)¹⁵²⁹. La seule dynamique du jeu ne permettra pas de déterminer a priori quel équilibre émergera ; différents éléments comme la structure des interactions¹⁵³⁰ et la « vitesse » d'évolution des préférences¹⁵³¹ auront une influence. Le facteur chance et l'aléatoire auront eux aussi une influence pour la détermination de l'équilibre. Même si l'exemple est biologiquement inexact, en supposant que certains gènes favorisent l'adoption de certaines normes et que la mutation de ces gènes est aléatoire, le produit de l'évolution est indéterminable a priori.

L'équilibre qui émergera matérialisera la solution optimale pour les individus si ceux-ci considèrent que les autres individus vont adhérer à l'équilibre : ils n'auront donc aucun intérêt à changer de stratégie tant que cette stratégie continuera à leur sembler la plus intéressante (la convention résulte donc d'une anticipation et plus précisément de la convergence des anticipations. Il s'agit d'un équilibre spéculaire¹⁵³²). Dans un tel cas, la sanction n'est pas nécessaire pour maintenir l'équilibre (sauf à considérer que la sanction correspond justement à l'adoption d'une solution sous optimale). Le groupe qui « subit » l'équilibre pourra toutefois tenter de le

¹⁵²⁹ Nous supposons ici par simplicité qu'il n'existe que 2 groupes et 2 stratégies. Le modèle peut cependant être complexifié mais la logique est sensiblement la même.

¹⁵³⁰ Plus un groupe est soumis à des interactions, plus la propagation de nouvelles normes peut être rapide. L'unification des valeurs ou de la mode, au moins en ce qui concerne l'Europe de l'ouest, peut être perçue comme en partie le résultat de l'évolution des technologies de l'information qui améliorent la possibilité des interactions. De la même manière, plus les ponts entre les individus ou les groupes sont peu nombreux, plus les interactions avec ceux-ci auront de l'importance.

¹⁵³¹ Si personne ne peut « apprendre » et modifier ses préférences, aucun équilibre différent de l'équilibre actuel ne peut être atteint.

¹⁵³² Supposons que deux équilibres soient possibles et qu'un équilibre correspond à une approche optimiste (les individus vont coopérer) et l'autre à une approche pessimiste (les individus ne vont pas coopérer). La dynamique peut faire passer d'un équilibre à un autre seulement en fonction des anticipations des agents et ce même si nous supposons que l'équilibre de « coopération » est a priori plus favorable que l'équilibre de « non coopération ». Plus généralement, les équilibres spéculaires redonnent une place à l'idée de prophéties auto-réalisatrices difficilement anticipables ex ante.

déplacer afin qu'il lui soit plus favorable¹⁵³³, soit en jouant sur la perception des « performances » de l'équilibre, soit en cherchant à modifier les anticipations des individus. Notons que le groupe « favorisé » par l'équilibre pourra quant à lui faire émerger une norme visant à sanctionner les comportements déviants tant que le coût de la sanction est inférieur à la perte anticipée liée à un changement d'équilibre¹⁵³⁴.

L'émergence de conventions pour solutionner les règles de coordination pure est analytiquement un peu plus simple que l'émergence de normes visant à résoudre les problèmes de sous optimalité de l'action collective (le problème de coordination pure étant un problème d'action collective). Le cas typique est représenté par un dilemme du prisonnier répété : la norme est favorable à l'ensemble des individus mais aucun individu n'a intérêt à la mettre en œuvre si le jeu n'est pas répété.

Si les individus ont la possibilité de communiquer entre eux, l'émergence de la norme pourra se faire par voie contractuelle. Comme Binmore l'explique, et ce résultat est trivial, « *Every contract on which rational players might agree in the presence of external enforcement is available as an equilibrium outcome in an infinitely repeated game* »¹⁵³⁵. Nous retrouvons la logique de l'ordre construit même si la norme de négociation et la possibilité d'arriver à un équilibre résultent d'un ensemble sous-jacent de normes issues plutôt d'un ordre spontané. Par exemple, la norme de partage du surplus entre les individus pourra être 50/50 ou varier en fonction de l'âge des participants, de leur sexe, de leur milieu social, etc... Autrement dit, la dimension sociale des interactions ne peut pas être négligée lorsqu'il existe un contrat explicite. Dans le cas du dilemme du prisonnier, les individus peuvent s'accorder sur l'option de coopération laquelle pourra devenir un « véritable » équilibre si, et seulement si, le gain tiré de la déviation de cette stratégie est inférieur au coût de la sanction pour déviation. Afin que cet équilibre soit retenu, il est aussi nécessaire que le gain de ce nouvel équilibre moins le coût de la mise en œuvre de la sanction soit supérieur au gain de l'équilibre de Nash d'un dilemme du prisonnier. Ceci revient donc à considérer que certaines déviations de la

¹⁵³³ Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, pp 368-369 utilise cette logique pour expliquer l'apartheid et son effondrement.

¹⁵³⁴ Si ceci est surtout valable en ce qui concerne les normes sociales, par extension ce raisonnement peut expliquer la logique du droit dans la mesure où le droit n'est qu'une institution provenant elle-même, au moins originairement, de la formalisation des normes sociales (les premiers droits étaient d'ailleurs avant tout coutumiers).

¹⁵³⁵ Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, p 81.

solution optimale sont optimales parce que la solution optimale est impossible à atteindre ou à maintenir¹⁵³⁶.

Nous retrouvons la logique du « contrat social », même si une telle théorie néglige le problème de la négociation (en supposant que la règle d'accord est « partagée », sans quoi les comportements stratégiques surviendraient et l'accord ne serait pas nécessairement atteint) et celui des coûts de transaction. Dans un tel cas, nous pouvons utiliser pleinement les analyses de Coase.

Si les individus ne peuvent pas communiquer entre eux, autrement dit si leur dimension sociale est « niée », un équilibre de coopération peut survenir dans un dilemme du prisonnier répété à horizon infini¹⁵³⁷. Axelrod a organisé une compétition dans laquelle l'objectif était de maximiser ses gains dans un dilemme du prisonnier répété. 63 programmes¹⁵³⁸ ont été mis en compétition, chacun d'eux mettant en œuvre une stratégie. La stratégie du « *tit for tat* » (qui correspond en fait à une stratégie de réciprocité) s'est avérée la plus « performante »¹⁵³⁹. Axelrod explique le succès de cette stratégie de la manière suivante : « *What accounts for tit for tat's robust success is its combination of being nice, retaliatory, forgiving and clear. Its niceness prevents it from getting into unnecessary trouble. Its retaliation discourages the other side from persisting whenever defection is tried. Its forgiveness helps restore mutual cooperation. And its clarity makes it intelligible to the other player, thereby eliciting long term cooperation* »¹⁵⁴⁰.

Parmi les éléments les plus importants, l'équilibre de coopération survient dans un dilemme du prisonnier uniquement s'il existe une sanction pour non respect de la norme de coopération, et ce même si les individus sont des « égoïstes » au sens étroit du terme. Dans le cas de la stratégie de « *tit for tat* », la sanction constitue le choix de la stratégie de non coopération dans la prochaine itération du jeu et tant que l'autre individu ne choisira pas la stratégie de coopération. L'émergence d'un équilibre de coopération est assez aisée à expliquer. Si les individus ne négligent

¹⁵³⁶ Nous retrouvons donc le problème de la définition de l'optimalité : il peut s'agir soit de la solution optimale théoriquement, soit de la solution optimale implémentable.

¹⁵³⁷ L'infini signifie par extension que les individus ne connaissent pas le moment où le jeu va s'arrêter. En effet, si tel était le cas, un équilibre de coopération ne pourrait pas survenir.

¹⁵³⁸ Le fait qu'il s'agisse de programmes n'est pas anodin puisque justement les programmes n'ont pas de dimension sociale.

¹⁵³⁹ Les résultats d'Axelrod sont en fait moins « robuste » qu'il n'y paraît au premier abord, notamment car la stratégie gagnante ne dispose que d'un faible avantage (Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, op cit, p 53). De la même manière, la stratégie dans laquelle le pardon n'existe pas performe elle aussi correctement lorsque l'environnement est différent (ce point et quelques autres critiques sont présentées par Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, pp 78-79). Néanmoins, l'idée que la coopération puisse émerger d'un dilemme du prisonnier reste pertinente. Binmore écrit d'ailleurs à ce sujet que « *Although Axelrod's claims for tit for tat are overblown, his conclusion that evolution is likely to generate a cooperative outcome seems to be genuinely robust* » (Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit, p 79).

¹⁵⁴⁰ Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, op cit, p 54

pas l'avenir (c'est-à-dire comptent sur leurs performances futures), et que le type de l'individu auquel ils vont faire face est connu (ou peut se déduire après quelques itérations du jeu), la stratégie de coopération pourra survenir (sauf si l'une des stratégies est de jouer l'équilibre de Nash d'un dilemme du prisonnier classique). La menace de l'absence de coopération dans les coups suivants doit être capable de modifier la perception des gains à court terme pour faire évoluer la stratégie des agents (et cette menace doit être crédible).

Plus généralement la logique des « chaînes alimentaires » peut expliquer l'émergence des normes et la survie de plusieurs normes concurrentes. Supposons que la performance du respect de la norme dépende du nombre d'individus utilisant cette norme et qu'il existe un seuil répulsif (un seuil au-delà duquel l'adoption d'une autre norme est plus performante) ; si cette norme est mise en compétition avec d'autres normes suivant la même logique, un équilibre entre les deux types de normes peut survenir et cet équilibre peut même être dynamique en ce sens que chacune des normes pourra dominer pendant une période au sein de la population.

Bien évidemment plus le jeu comporte de stratégies et de joueurs plus l'équilibre pourra être long à émerger et se révélera souvent totalement imprédictible.

2. Droit, tradition et morale, quel(s) agencement(s) possible(s) ?

L'analyse économique peut expliquer l'origine et l'évolution des normes ; se pose la question de savoir si elle peut expliquer la nature des normes. Autrement dit, pourquoi telle ou telle norme prend la forme d'une règle de droit, d'une règle morale ou d'une règle traditionnelle, sachant que toutes ont fondamentalement la même fonction ? Une nouvelle fois, par commodité, nous devons distinguer la logique de l'ordre construit et la logique de l'ordre spontané.

Si le système normatif était un ordre construit parfait, le choix de la forme de la règle pourrait se réaliser sur la base de l'efficacité relative de chacune des normes. Cette approche est proposée (implicitement) par Shavell qui souhaite savoir « *which behaviors are socially advantageous to control solely through use of our notions of morality, which behaviors are best to control jointly through morality and law, and which ones are desirable do control through law alone* »¹⁵⁴¹. Le postulat de l'ordre construit est ici implicite puisque l'auteur suppose, logiquement, que la modification d'une norme morale est possible et ce par un processus conscient, plus « coûteux » cependant que l'établissement de règles

¹⁵⁴¹ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 619. Shavell ne s'intéresse ici qu'aux normes morales et aux normes juridiques. Schématiquement, la norme traditionnelle peut se situer entre les deux : si la tradition est érigée en norme juridique, la difficulté se dissout d'elle-même. Si elle ne l'est pas encore, le problème peut rester entier. Néanmoins, dans la logique de l'ordre construit, la distinction entre la norme traditionnelle et les autres types de normes n'est pas fondamentale.

juridiques¹⁵⁴². La logique est classique, il s'agira de maximiser le bien-être social en prenant en compte « *the costs and effectiveness of morality and of law as social regulators of conduct* »¹⁵⁴³. Il est aussi nécessaire de remarquer que Shavell s'intéresse plus à une reconfiguration du système normatif actuel qu'à une explicitation de la logique des normes. Par exemple, il est vraisemblable que les normes sociales ont été premières et que l'ordre juridique est arrivé par la suite. Dans ce cas, la morale pourra donner naissance au droit, point qui n'est pas abordé dans le raisonnement de Shavell.

Afin de déterminer l'efficacité relative du droit et de la morale, il est nécessaire de déterminer les avantages relatifs de chacune de ces méthodes de contrôle social¹⁵⁴⁴. La création des règles par le droit est moins coûteuse que la création des règles par la morale. Le droit est également plus flexible (le droit peut changer rapidement, ce qui n'est pas le cas de la morale, du moins relativement au droit) et peut jouir d'un degré de spécificité et d'un domaine d'action possiblement infinis (il peut exister des règles juridiques pour tout et donc des règles extrêmement précises). Shavell considère aussi que le droit jouit d'un avantage dans la mesure où sa sanction est potentiellement plus importante que n'importe quelle norme morale¹⁵⁴⁵. Ce dernier point est à relativiser dans le cas de certaines normes morales : pensons à l'interdiction des duels qui ont cependant perduré, ou à la mort d'Alexander Hamilton qui, tout en donnant cinq raisons « fortes » le conduisant à refuser le duel, finira par l'accepter en raison de la seule norme sociale à l'œuvre (qui n'était autre qu'un code moral). Si nous considérons que l'homme est un animal véritablement social, et que la considération des autres individus est un aspect « vital » de cette dimension, la sanction morale exercée par les autres membres du groupe est potentiellement plus « incitative » qu'une sanction juridique.

Par opposition la morale jouit d'un avantage relatif concernant la sanction dans la mesure où, par définition, la sanction pour la violation d'une norme morale est essentiellement interne. Si l'individu est parfaitement a-moral, la sanction sera externe et, en la matière, il est vraisemblable que la sanction juridique soit mieux à même d'inciter cet individu à respecter les normes¹⁵⁴⁶,

¹⁵⁴² La dimension d'évolution spontanée des normes morales n'est donc pas prise en compte.

¹⁵⁴³ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 619

¹⁵⁴⁴ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, pp 619-626

¹⁵⁴⁵ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 621: « *I will assume here that the moral sanctions are, over most of their range and for most individuals, weaker, and perhaps much weaker, than high legal sanctions* ».

¹⁵⁴⁶ Notons ici une difficulté : si une norme morale est soutenue par une sanction mise en œuvre par le groupe, c'est-à-dire par un tiers, comment distinguer de ce point de vue la morale et le droit. Cette question pose plus directement la question de la forme du droit qui ne fait cependant pas l'objet d'une véritable analyse au sein du mouvement law and economics.

même si alors la probabilité de la sanction sera certainement plus faible. Si l'individu ne porte aucune considération à la sanction morale du groupe, cette sanction n'aura aucun effet contrairement à une sanction juridique. Enfin, la sanction morale (interne) peut s'appliquer sans recourir à un processus coûteux (relativement) visant à déterminer si la norme a ou n'a pas été violée¹⁵⁴⁷.

Pour Shavell, les domaines dans lesquels la norme morale semble être plus efficiente que la norme juridique, et même ne pas nécessiter de norme juridique, correspondraient aux cas dans lesquels : « *the expected private gain from undesirable conduct is not too great, and the expected harm due to such conduct is also not too great* »¹⁵⁴⁸. La logique est ici relativement simple : si les gains de la violation ne sont pas importants, la norme morale devrait être suffisante pour décourager sa violation et, si toutefois elle échouait dans sa mission, le coût social ne serait pas trop important. Ne pas dire « bonjour » ne rapporte pas grand-chose à l'individu et ne « coûte » pas grand-chose à la société ; la régulation des règles de politesse est donc optimalement assurée par des normes morales. Il nous semble cependant que seul le dernier aspect est important : *si le coût social pour la violation de la norme n'est pas important, il n'est pas efficient de mettre en œuvre une règle juridique tendant à assurer le respect de cette norme* (car l'établissement et la gestion de la règle juridique sont coûteux), et ce même si le gain pour l'individu est important. Si le coût social de l'activité est nul ou infinitésimal, pourquoi vouloir réguler, sous l'angle économique, de tels comportements ? Si la nécessité de la régulation se pense à partir d'un modèle de comportement optimal, le fait que le gain soit trop important pour que la règle soit respectée peut effectivement devenir une condition pour le choix de la méthode optimale de régulation. Néanmoins, cette logique ne nous semble pas suffisante pour ajouter le gain de l'activité comme paramètre pertinent afin de choisir entre la régulation par des normes morales et la régulation par des normes juridiques ; sauf à considérer que le gain se fait au détriment du social et que donc le gain individuel se traduit par un coût social (mais dans ce cas aussi un seul paramètre reste suffisant). Shavell ne développe d'ailleurs pas du tout la logique asymétrique dans laquelle une seule des conditions est remplie. La logique pourrait retrouver sa complétude uniquement si économiquement on pouvait prouver qu'il existe une nécessité de sanctionner alors qu'il n'existe pas de « victime » véritable.

Lorsque le gain privé et le coût social sont importants, la norme juridique peut venir compléter la norme morale. La logique shavellienne est exactement la même : si le gain est important, la norme ne sera pas nécessairement respectée par l'individu ; si le coût social est important, il

¹⁵⁴⁷ La sanction morale externe reste cependant logiquement moins coûteuse que la sanction juridique dans la mesure où le coût de l'appareil est globalement non perçu.

¹⁵⁴⁸ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 626

faudra tout de même réguler un tel comportement et seul le droit sera à même d'y parvenir. Une nouvelle fois, seule le dernier paramètre nous semble pertinent : *si le coût social est suffisamment important pour qu'une norme juridique améliore l'efficacité globale du système, cette norme doit être établie* (du point de vue économique). Si la sanction morale (interne) n'est pas suffisante pour empêcher la perpétration des actes dont le coût social est important, une sanction externe est nécessaire. S'il s'avère que la sanction juridique est plus efficace que la sanction « sociale », la sanction juridique devra être mise en œuvre. Le fait que la norme soit soutenue par une sanction morale permet de pallier, en partie, l'absence d'une systématique de la sanction juridique (et aussi l'absence d'un choix sur le seul fondement de l'utilité espérée¹⁵⁴⁹) et ce à moindre coût (puisque la mise en œuvre de la sanction morale interne est sans coût et que la sanction morale externe n'a généralement qu'un coût faible). Plus encore, si la norme morale est internalisée et que l'individu dispose d'une rationalité limitée, il est possible qu'il réduise le monde des possibles aux mondes compatibles avec le respect de la norme : la norme morale peut donc inciter les individus à ne même pas imaginer la possibilité de violation. Si la norme selon laquelle « on doit mettre sa ceinture de sécurité » est parfaitement internalisée, le coût du respect de la norme n'est pas perçu ce qui conduit à ne pas analyser le gain potentiel lié au non respect. D'une manière générale, la plupart des normes pénales suivent cette logique, ce qui conduit à qualifier de « déviant » tout comportement qui ne respecte pas de telles normes, même si, potentiellement, le gain de la violation est supérieur au coût de son respect. En un sens la légitime défense ou l'état de nécessité correspondent à des situations où, justement, le droit, comme la « morale », tiennent compte du fait que le gain de la violation est supérieur à son coût¹⁵⁵⁰. Enfin, signalons que si une norme juridique est appuyée par une norme morale, elle semble plus légitime, ce qui augmente son taux de conformité.

A la marge, un effet indésirable peut se produire : si une norme juridique intervient dans le domaine de la morale, il est possible que l'objectivation du coût du non respect de la norme conduise « paradoxalement » à une augmentation de sa violation en réduisant la valeur « normative » de la norme morale (en la transformant en impératif hypothétique). Ceci peut engendrer des inefficiences.

¹⁵⁴⁹ Si l'individu se fonde sur l'utilité espérée, la sanction est automatiquement prise en compte dans le calcul et la violation est donc optimale si le niveau de sanction est jugé optimal.

¹⁵⁵⁰ Il est même possible de se demander si l'ensemble, ou du moins une grande partie, des faits justificatifs ne peut pas s'interpréter sous l'angle d'une telle structure. Nous ne pourrions cependant pas développer ce point qui dépasserait l'objet de notre thèse.

La norme morale est sanctionnée par deux phénomènes : un phénomène interne (sanction psychologique du type honte) et un phénomène externe (sanction sociale). La magnitude de la sanction sociale n'est cependant pas parfaitement connue. En d'autres termes, la valeur de l'incitation à laquelle conduit cette sanction est dépendante de l'anticipation de l'agent (voire même de l'anticipation des individus sur la sanction du non respect de la norme de sanction des attitudes déviantes) si la norme morale est la seule à contraindre le comportement des individus. Si la norme morale est renforcée par une norme juridique et que, toutes choses égales par ailleurs, les sanctions morales interne(s) et externe(s) ont la même magnitude, le droit ne fera que renforcer la contrainte. Si la sanction juridique est fixée au « bon » niveau, les incitations seront optimales (en supposant que le système de sanctions de la norme morale soit effectif et que les individus subissent tous la même magnitude de la sanction¹⁵⁵¹). Cependant, si la juridicisation a une influence sur la magnitude de la sanction sociale, certaines inefficiences pourront survenir. C'est en effet l'interaction entre les sanctions qui compte : si l'instauration d'une sanction juridique fait diminuer la sanction de la norme morale (le groupe considérant que la sanction juridique est suffisante ne demande pas une sanction radicale de la part du groupe, et l'individu se sanctionnant moins lourdement car en exécutant la sanction juridique, il « paye sa dette à la société ») de telle sorte que la sanction « globale » soit inférieure à la sanction de la norme morale antérieure, l'effet net de la norme juridique sera négatif. Si cette dimension est prise en compte par les individus décidant de fixer le niveau de la sanction, aucune inefficience ne pourra en résulter.

Néanmoins, la sanction de la norme morale est trop « subjective » pour que le décideur (dont la rationalité n'est pas parfaite) puisse objectiver sa valeur afin de sélectionner le niveau adéquat de la sanction juridique (celui pour lequel la sanction optimale correspondra à la somme de la sanction juridique et de la sanction morale). De même, en tenant compte de la possibilité d'individus amoraux (seule possibilité généralement prise en compte par les modèles d'analyse économique du droit, l'individu rationnel étant égoïste et ne disposant généralement pas d'une dimension morale), la sanction de la norme juridique doit être fixée au niveau optimal, quelle que soit la magnitude de la sanction de la norme morale (ce qui conduit d'ailleurs le droit à interdire les sanctions morales trop lourdes allant au-delà de la désapprobation). La sanction de la norme morale devient alors sous optimale puisque des violations optimales n'ont pas lieu (en raison de

¹⁵⁵¹ Un phénomène de vase communicant peut se produire : la repentance permet généralement de diminuer la valeur de la sanction juridique. C'est donc l'effet total des sanctions qui doit être pris en compte.

l'importance de la sanction)¹⁵⁵². Pour limiter ce phénomène, le droit peut donc interdire certaines formes de sanctions de la norme morale pour s'assurer qu'elles ne distordent pas trop les incitations. Si, en revanche, le droit ne peut assurer, à lui seul, l'optimalité de la sanction, la sanction morale sera déterminante même si elle n'affectera pas les individus amoraux¹⁵⁵³.

Dans les domaines où la magnitude de la sanction sociale est peu élevée ou peut être rendue peu élevée (soit en magnitude, soit en effectivité¹⁵⁵⁴) par l'introduction de normes juridiques, la seule norme juridique pourra être suffisante, si elle peut atteindre le niveau optimal de sanction. Le droit serait alors l'instrument privilégié pour inciter les individus à adopter des comportements qui ne sont pas « évidemment » contraires à une norme morale car ils sont trop spécifiques.

Cette représentation en termes d'ordre construit a le mérite de représenter schématiquement les relations entre le droit et la morale comme mécanismes d'incitations¹⁵⁵⁵. Néanmoins, cette représentation ne tient pas suffisamment compte de la dimension d'ordre spontané. Il ne nous semble pas possible, par exemple, de spécifier le domaine de la « morale » face au domaine du droit. Le domaine du droit ne peut qu'essayer de se construire dans un système normatif où la « morale » joue déjà un rôle de coordination important. C'est d'ailleurs implicitement la logique shavellienne, le droit n'étant là que pour pallier les déficiences de la morale comme système de contrôle social (parce que ces normes morales conduisent à un comportement sous optimal car leur sanction est soit trop, soit pas assez élevée¹⁵⁵⁶).

La norme morale est perçue d'une façon trop schématique par Shavell. Il nous semble que la morale peut atteindre un degré de spécificité important et qu'elle prend en compte la dimension

¹⁵⁵² Et du point de vue de l'évolution, le respect des normes morales tend à disparaître. Par exemple, le respect des promesses à tout prix peut engendrer la disparition de certaines entreprises dans la mesure où cette attitude ne maximise pas les profits.

¹⁵⁵³ D'une certaine mesure, le degré de « moralité » d'une société est déterminant pour déterminer l'étendue du droit et la magnitude des sanctions mises en place : moins une société sera morale, plus son droit aura tendance à s'étendre et à embrasser l'ensemble des phénomènes sociaux (toutes choses égales par ailleurs).

¹⁵⁵⁴ Ce sera le cas lorsque la violation de la « norme morale » n'est pas évidente à identifier et donc lorsque l'application de la sanction sociale externe ne pourra pas jouer. Le droit est donc logiquement utilisé pour régler les « détails ».

¹⁵⁵⁵ Cette dimension sera analysée lorsque nous nous pencherons sur la définition substantielle du droit dans le cadre de l'analyse économique du droit.

¹⁵⁵⁶ Il suffit de penser à l'interdiction de la justice privée pour les cas de sanctions trop élevées et d'une manière générale au droit pénal pour les sanctions qui ne sont pas assez sévères. Notons cependant l'effet entre les deux : l'interdiction du système de la justice privée diminue la magnitude de la sanction de la norme morale ce qui oblige le droit à intervenir. Rien n'interdit cependant de penser à un système de sanction totalement décentralisé comme dans le cas de l'Islande au temps des Sagas.

environnementale. Comme les normes morales sont souvent plus « connues » qu'exprimées, elles reflètent une complexité sous jacente.

De façon plus délicate, l'analyse en termes d'ordre construit ne perçoit pas la dynamique d'évolution de la morale et par ricochet du droit. Or, certains comportements considérés comme moralement répréhensibles pendant certaines périodes (l'homosexualité par exemple) ne le sont plus actuellement alors que d'autres comportements non moralement répréhensibles le sont devenus (les mariages consanguins par exemple). De même, les normes juridiques visant à sanctionner les atteintes à l'ordre moral sont directement dépendantes des normes morales et en tout état de cause, le coût social d'une action tient compte de sa dimension morale (pensons à l'interdiction des mères porteuses). Cette dynamique de la morale peut possiblement expliquer l'évolution de certaines normes juridiques. Si une norme juridique visait à assurer un comportement optimal (le problème de l'identification de ce comportement reste problématique) dans un domaine où la sanction de la règle morale était insuffisante, la baisse du coût social de cette action (en raison de l'évolution des normes morales) rend inefficace la règle juridique touchant ce type de comportement.

Enfin, la logique de l'ordre construit peut faire penser qu'il est possible, rationnellement, de connaître les conséquences d'une perturbation du système normatif d'un groupe. Le passage à la logique de l'ordre spontané rend beaucoup plus sceptique sur cette capacité et formalise davantage l'arbitrage entre exploitation (des règles existantes) et exploration (mise en place de nouvelles règles) dans une situation d'incertitude potentiellement radicale. Nous aurons l'occasion de revenir sur les limites de cette approche lorsque nous nous focaliserons sur les limites de l'analyse économique du droit.

Cette représentation en termes d'ordre construit ne permet pas non plus d'expliquer l'origine de la différence dans les mécanismes de contrôle social (puisque les normes morales et les normes juridiques sont supposées exister). Nous ne présenterons pas ici une explication « économique » du passage des normes morales au droit. Cette dimension permettant une vue d'ensemble des phénomènes normatifs sera étudiée lorsque nous développerons l'approche hayekienne, la première à mettre clairement en évidence cette dimension.

B. L'approche de Hayek, le droit comme système évolutif complexe

Hayek est certainement l'un des premiers économistes à s'être intéressé aux phénomènes normatifs dans une approche dynamique globale et en rationalité limitée¹⁵⁵⁷. Son approche permet une appréhension totale des phénomènes normatifs – et constitue en cela une synthèse des apports de cette section – et fournit quelques indications sur le passage d'un système moral à un système juridique (sous une forme assez hartienne). Elle illustre aussi l'unification dans l'approche des phénomènes normatifs qui répondent tous à la même logique fonctionnelle : la coordination des agents.

L'approche hayekienne peut être lue à la fois comme un complément de l'analyse en termes de théorie des jeux ou de coûts de transaction et comme un dépassement de ces approches par l'approche totale à laquelle elle aspire. En acceptant la logique de l'ordre spontané pour expliquer les phénomènes normatifs, Hayek ne peut que chercher à expliciter la structure de cet ordre, sans s'orienter directement vers une dimension prescriptive : il met en évidence les limites quant aux possibilités d'actions rationnelles et incite à une certaine humilité face à ces processus sociaux (dont personne ne peut encore maîtriser l'évolution). Sa théorie de l'évolution culturelle constitue ainsi une vision économique élargie de l'ordonnement des phénomènes normatifs (1). Même si elle se focalise sur les normes sociales et qu'elle a du droit une vision certainement appauvrie (notamment car l'accent est davantage mis sur le droit privé que sur le droit public), sa théorie propose une dynamique tout à fait plausible qui a le mérite de faire le lien entre le micro (l'individu) et le macro (les phénomènes normatifs globaux).

Hayek peut alors mettre en évidence des spécificités du droit (2) à la fois en ce qui concerne son apparition et ses fonctions. Il fournit ainsi une interprétation différente de l'analyse économique du droit traditionnelle concernant l'opposition entre la morale et le droit. De même, nous retrouvons l'accent mis sur la coordination et les mécanismes normatifs comme mécanismes de « contraintes » (contraintes nécessaires pour assurer la liberté).

1. le mécanisme de l'évolution culturelle : l'ordonnement des phénomènes normatifs

Le mécanisme de l'évolution culturelle constitue une approche totale de la logique des phénomènes normatifs. Hayek relie ces phénomènes à l'idée d'ordre : *l'ordre et la norme vont de paire dans la mesure où l'ordre ne peut exister sans structure et la structure sans définir un ordre*. L'approche

¹⁵⁵⁷ Et avec un « modèle » proche de l'économie « cognitive ».

hayekienne fait même le pont entre l'évolution des normes de l'individu (a) et l'évolution des normes du groupe (b) dont le droit est un produit. Elle relie donc la théorie de la rationalité, la théorie des normes sociales et la théorie du droit dans un mécanisme original qui résiste à toute tentative de formalisation de la part des économistes néoclassiques. Pour Caldwell, Hayek ne donne qu'une voie et laisse encore du travail aux générations futures¹⁵⁵⁸. Cette analyse oblige cependant à s'interroger sur ce qui fait « l'économicité » de celle-ci. Il serait tout à fait possible, si l'économie doit pouvoir se formaliser, de considérer l'approche hayekienne comme non « économique ».

Outre l'intérêt d'une approche unifiée des phénomènes normatifs, l'approche hayekienne laisse entrevoir les limites du raisonnement traditionnel en analyse économique du droit, limites auxquelles nous consacrerons explicitement le premier titre de notre seconde partie. En effet, la perception des phénomènes normatifs sous l'angle de l'ordre spontané modifie radicalement les perspectives d'actions « rationnelles » sur cet ordre.

a. Pour expliquer le social, il faut partir de l'individu, postulat tout à fait classique en analyse économique. Pour expliquer l'évolution il faut faire de même. Hayek n'utilise cependant pas les outils de la théorie des jeux répétés et présente une approche essentiellement littéraire du mécanisme. Cette approche se situe à la limite de la « science » économique.

Au niveau individuel, l'évolution peut toucher le niveau génétique (et modifier le précâblage permettant aux individus d'apprendre¹⁵⁵⁹). Ce mécanisme est extrêmement lent, et Hayek n'en fait pas le centre de son évolutionnisme¹⁵⁶⁰. Il distingue clairement l'évolution biologique et l'évolution culturelle. Il reconnaît simplement que l'homme est né avec un cerveau, non un esprit¹⁵⁶¹ et qu'il n'est pas biologiquement déterminé¹⁵⁶². Autrement dit l'homme est pratiquement

¹⁵⁵⁸ Bruce Caldwell, *Hayek and Cultural Evolution*, in Uskali Mäki (sous la direction de), *Facts and Fiction in Economics*, op cit, pp 285-303, p 299. Le travail de Dawkins est actuellement considéré comme une aide précieuse à la reconstruction hayekienne (Richard Dawkins, *The Selfish gene*, op cit). Ce point de vue n'est pas partagé par tous les auteurs. Par exemple, T. Zywicki, Was Hayek Right About Group Selection After All ?, 2000, *Georges Mason university, Working paper* n° 00-03, 28 pages.

¹⁵⁵⁹ Notons que la rationalité des individus ne vise que la possibilité de l'apprentissage et non un modèle proche du modèle néoclassique. A la limite, la structure en termes d'évolution peut faire l'économie du postulat de rationalité si le processus est suffisamment bien défini.

¹⁵⁶⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 186. Il fait mention de la sélection d'un appareil génétique approprié à la parole. Il consacre le premier paragraphe de *The Fatal Conceit*, à l'évolution culturelle et biologique mais reste très vague quant à cette dernière.

¹⁵⁶¹ En ce sens, Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 188.

vierge et se caractérise essentiellement par sa capacité d'apprentissage et sa possibilité d'expérimenter¹⁵⁶³. Hayek ne s'intéresse qu'à l'apprentissage et à l'évolution de l'interprétation du monde par les individus. Cette proximité « biologique » rend cependant possible le problème de la coordination.

L'évolution peut également se situer à un niveau supérieur à la génétique mais toujours inférieur à un développement parfaitement conscient. Pour classer les expériences, les sensations, etc., il est nécessaire qu'il existe une certaine régularité (réelle ou perçue). « *This would seem to mean that we can know only such kinds of events as show a certain degree of regularity in their occurrence in relation with others, and that we could not know anything about events which occurred in a completely irregular manner* »¹⁵⁶⁴. L'être humain naît dans une famille, ou du moins il existe des personnes qui vont s'occuper de lui puisqu'il ne peut survivre seul (c'est en cela qu'il est un « animal social »¹⁵⁶⁵). Les premières interactions qu'il vivra auront un impact déterminant sur son développement dans la mesure où le petit d'homme catégorise le monde qui l'entoure à travers les yeux des autres. La culture (c'est-à-dire l'ensemble des normes permettant de reconnaître un groupe particulier) est apprise à ce stade¹⁵⁶⁶. Elle apparaît alors comme un ensemble de règles de conduite dans l'interaction sociale ; elle définit un système de coordination « primaire » sur lequel pourront se construire des systèmes plus sophistiqués. Plus la structure entoure l'enfant, plus la culture de la structure lui sera transmise puisque le mécanisme essentiel de l'apprentissage est l'imitation (la rationalité est un processus émergent de l'apprentissage par essais et erreurs dans l'approche hayekienne). Hayek fait indirectement mention du rôle de la famille dans la transmission de la culture dans *The Constitution of Liberty*¹⁵⁶⁷ et directement dans *Droit, Législation et Liberté*¹⁵⁶⁸. Il fait de même en ce qui

¹⁵⁶² Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 186. Il signifie bien sûr que nous ne sommes pas totalement biologiquement déterminés.

¹⁵⁶³ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 166, §8.5, p 53, §2.49.

¹⁵⁶⁴ Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit, p 176, §8.39.

¹⁵⁶⁵ Mieux encore, les systèmes normatifs sont consubstantiels à l'idée de groupe. Dès lors qu'il existe une société ou un groupe, il doit exister des phénomènes normatifs, que ceux-ci soient conscients ou inconscients. L'identification d'un groupe ne peut se faire, sous l'angle « social », sans régularité et donc sans présence sous-jacente de normes.

¹⁵⁶⁶ Nous ne pouvons pas présenter ici les théories visant à montrer le rôle de la cognition dans la sauvegarde de la culture. Nous renvoyons pour plus de détails à un article : Dan Sperber et Lawrence Hirschfeld, Cognitive Foundations of Cultural Stability and Diversity, 2004, *Trends in Cognitive Science*, vol 8, pp 40-46

¹⁵⁶⁷ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 90.

¹⁵⁶⁸ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 105.

concerne la religion dans *The Fatal Conceit*¹⁵⁶⁹. C'est sous cet angle que le traditionalisme de Hayek peut être compris.

Si les premières règles apprises gouvernent en grande partie sa vision du monde – notamment à travers le langage¹⁵⁷⁰ –, lui donnent une première moralité et les premiers tabous, cela ne signifie pas qu'elles gouvernent totalement la conception du monde de l'individu : nous arrivons donc au troisième mécanisme d'évolution au niveau individuel. Au fur et à mesure que ses classifications (et donc les règles les permettant) se complexifieront et qu'il utilisera sa réflexivité, l'individu pourra modifier ces premières règles (sauf les règles définissant son programme de base). Nous devons également garder à l'esprit que l'individu apprend à partir des classes mentales qu'il s'est constitué même si elles sont le produit des interactions avec les autres membres du groupe. L'apprentissage ne peut donc pas être contrôlé dans son entier car l'individu réinterprétera une situation en fonction de l'interprétation qu'il aura faite de ses expériences passées. L'homme apprend la culture avant de la comprendre¹⁵⁷¹. Plus une règle est intégrée, plus il sera difficile pour l'individu de la réinterpréter et de la changer. Par exemple, le sentiment de justice n'est pas très malléable et ce sentiment ne constitue qu'une réaction à la « violation » d'une norme « culturelle » (ou très largement culturelle).

Par la transmission de la culture familiale, les membres de ce premier groupe partageront, en général, les mêmes perceptions et les mêmes objectifs¹⁵⁷². Hayek n'accroche pas autant le rôle de la famille (au sens large). Cependant, il précise que l'homme seul ne peut pas survivre¹⁵⁷³ et souligne l'importance du mécanisme « face à face » pour les structurations mentales. Si nous tenons compte des influences qu'il a subies, et notamment celle de Menger qui parle de l'apparition de l'Etat en reprenant en partie Aristote, un nouvel éclairage apparaît. Le développement de l'Etat dans *Les Politiques* passe de la famille, au groupe puis à la cité étendue. Il nous semble que Hayek suit le même cheminement.

¹⁵⁶⁹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, pp 135-140.

¹⁵⁷⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 187. Nous verrons que le sens des mots est, pour Hayek, quelque chose de très important dans la structuration mentale des individus. Voir aussi Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 34.

¹⁵⁷¹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, pp 187-188.

¹⁵⁷² Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 12, Hayek fait ainsi mention d'une morale naturelle. Voir aussi Friedrich Hayek *Droit Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 192 (Hayek parle de règles innées dans les premiers groupes), 196 (il existe des réactions instinctives), 197 (il existe des instincts primordiaux).

¹⁵⁷³ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 12.

Le fait que l'homme seul ne puisse survivre est aussi à l'origine de la formation des tribus. Il est intéressant de noter sur ce point qu'Hayek considère que les individus de la tribu ont les mêmes perceptions liées à leurs instincts¹⁵⁷⁴. Il s'agit là de la tribu première et il oublie que l'homme naît d'une autre personne qui le nourrit nécessairement. En effet, pour Hayek, dès qu'il existe des hommes en interactions, il existe du droit (dans un sens très large) pour que la coordination fonctionne¹⁵⁷⁵. Les instincts vont alors lentement disparaître¹⁵⁷⁶. Il signale que dans les premières tribus l'altruisme et la solidarité sont importants¹⁵⁷⁷. La psychologie moderne montre que la possibilité de la relation de confiance dépend en partie de la relation entretenue avec la figure parentale. Si l'enfant est livré à lui-même, la confiance est beaucoup plus difficile à établir.

Le premier mécanisme d'évolution des normes touche donc le groupe à l'intérieur duquel les individus vont pouvoir innover. Ces nouvelles habitudes pourront ensuite être ou ne pas être imitées, et donc survivre ou ne pas survivre, en fonction de la désirabilité attribuée par chaque individu du groupe. Il s'agit donc de la première boucle. Il ne faut cependant pas croire que l'individu qui naîtra dans un groupe partagera toujours ses normes.

b. Arrive alors la sélection entre les groupes (par le biais des individus) qui correspond à une extension de la dynamique d'évolution de l'intérieur à l'extérieur du groupe. Le choix de la notion de groupe nous semble cependant problématique puisque, pour Hayek, elle ne traduit pas que le groupe est une entité stable mais vise plus directement les phénomènes normatifs. Il est le résultat d'un partage de la culture entre des individus, c'est en ce sens que Hayek parle de l'augmentation de la population (en reprenant la conception biologique classique de « *fitness* »). Autrement dit, la sélection entre les groupes ne correspond en fait qu'à un problème de pénétrabilité d'une culture au sein du groupe¹⁵⁷⁸ et donc de l'adhésion des individus aux normes.

La sélection suppose la rencontre entre divers groupes. L'anthropologie moderne nous montre que cet échange se fait via l'échange des femmes, un besoin de sécurité, des alliances militaires, le commerce... Il semblerait que, pour Hayek, le commerce soit le motif déterminant de l'échange

¹⁵⁷⁴ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 40.

¹⁵⁷⁵ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 89 par exemple. Hayek a dans ces passages une conception élargie du droit puisque celui-ci recouvre l'ensemble des règles de coordination, quelles que soit leur « nature ».

¹⁵⁷⁶ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 13

¹⁵⁷⁷ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 12. Cette approche est conforme à l'approche de Durkheim et au passage d'une solidarité mécanique à une solidarité organique.

¹⁵⁷⁸ Il nous semble qu'il est possible de tirer cette évidence de Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 16. Nous retrouvons la logique des « mutants » de la théorie des jeux évolutionnaires.

entre les groupes (autrement dit les pressions économiques). Le commerce, lorsque la population devient importante, conduit à une division du travail, comme l'a montré Smith, et à son corollaire, la division de la connaissance. Le commerce illustre aussi l'interdépendance entre les groupes.

Pour ce qui nous intéresse, il suffit de préciser que différentes traditions et cultures vont entrer en contact : la famille, les proches, la tradition régionale, le pays, l'humanité (autrement dit les normes morales, traditionnelles, juridiques, etc.). Hayek note que « *If we were to apply the unmodified, uncurbed, rules of the micro cosmos (ie of the small band or troop, or of, say, our families) to the macro cosmos (our wider civilization), as our instincts and sentimental yearning often make us wish to do, we would destroy it. Yet if we were always to apply the rules of the extended order to our more intimate grouping, we will crush them* »¹⁵⁷⁹. Chaque groupe, par le biais des individus, est en interaction. L'individu utilisant une nouvelle culture et souhaitant l'importer dans son groupe subira une réaction du groupe qui pourra adopter, modifier ou rejeter la nouvelle règle. Dans tous les cas le groupe sera influencé par la nouvelle règle et l'individu modifiera sa perception par le biais de la réaction réelle ou potentielle du groupe (il tiendra compte ainsi de ce qu'il croit que le groupe pense¹⁵⁸⁰). Nous obtenons alors de nombreuses boucles de rétroactions et ces boucles fonctionnant en même temps entraînent des restructurations de la société¹⁵⁸¹. La parfaite connaissance de l'impact de la modification des règles (sur lesquelles il est possible d'agir, donc typiquement le droit) est donc réduite pour ne pas dire impossible lorsque le niveau de complexité et d'interrelations est suffisamment développé.

Dans ce modèle, il est évident que la structuration du social, l'hétérogénéité et la perméabilité du groupe sont déterminantes pour que le mécanisme de sélection et d'expansion d'une pratique se mette en place. Le processus de développement d'une pratique sera graduel¹⁵⁸². Signalons sur ce point que les résultats de boucles de rétroactions positives ou négatives sont différents et sont souvent à l'origine d'une dynamique non linéaire (source classique des processus chaotiques).

Hayek évoque aussi un mécanisme de sélection des règles. Il indique que « *the genetic (and in the great measure also the cultural) transmission of rules of conduct takes place from individual to individual, while what may be called the natural selection of rules will operate on the basis of the greater or lesser efficiency of the*

¹⁵⁷⁹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 18.

¹⁵⁸⁰ André Orléan a réalisé une expérience qui montre que la coordination au méta est plus aisée.

¹⁵⁸¹ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 28, 35

¹⁵⁸² Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit p 42.

resulting order of the group»¹⁵⁸³. Les principales difficultés résultant de cette approche sont la définition de ce que sont le groupe et le critère de sélection.

Concernant le groupe, il semble nécessaire que les individus puissent agir de façon altruiste afin de pouvoir véritablement qualifier un ensemble d'individus de groupe et envisager la possibilité d'une compétition entre ceux-ci. Cet altruisme serait soit une valeur fondatrice, ce que Hayek ne pense pas au niveau de la société globale¹⁵⁸⁴, soit une forme de réciprocité, solution plus probable¹⁵⁸⁵. Or, pour Hayek, de tels comportements sont tout à fait possibles. De même, les règles ont pour objet de permettre la meilleure coordination au sein du groupe¹⁵⁸⁶ et éviter les problèmes du type «*free riding*». Comme le montrent Sober et Wilson, le groupe le plus altruiste a, *ceteris paribus*, un avantage sur les autres groupes tandis qu'au sein du groupe la personne qui choisit le «*free riding*» sera avantagée¹⁵⁸⁷. Le groupe cherchera à limiter ce type de comportement via l'adoption de règles et notamment les sanctions externes. Pour que le groupe puisse survivre, ces règles doivent pouvoir être appliquées à moindre coût. Ceci suppose alors une dimension morale dans certaines règles¹⁵⁸⁸. La problématique des règles de conduite dans le mécanisme de l'évolution ressurgit mais sur des fondations différentes.

On ne retrouve pas chez Hayek de véritable définition de ce qu'il entend par groupe¹⁵⁸⁹. Lorsqu'il considère que la sélection des règles se fait au niveau du groupe il est possible qu'il souhaite préciser que la règle dépend nécessairement d'une interaction et donc de plusieurs individus. Dans ce cas, il existe différents groupes et la coordination avec des ensembles plus larges conduit à des règles beaucoup plus générales et abstraites mais moins nombreuses qu'au niveau d'un petit groupe.

La structure de l'évolution dépendra des individus et, à un niveau plus élevé des différents groupes. Nous arrivons ainsi à un emboîtement et à une dynamique de différents niveaux de

¹⁵⁸³ Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, in Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, op cit, pp 68-81. Il ajoute dans Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, p 231 note 37 que la sélection par le groupe est extrêmement importante pour le mécanisme d'évolution culturelle.

¹⁵⁸⁴ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit p 13. Voir aussi Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 182.

¹⁵⁸⁵ Ce type d'altruisme est étudié, par exemple, par Elliot Sober et David Wilson, *Unto Others : The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, 1998, Harvard University Press, Cambridge, 416 pages.

¹⁵⁸⁶ Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 78.

¹⁵⁸⁷ Elliot Sober et David Wilson, *Unto Others : The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, op cit, p 73-77.

¹⁵⁸⁸ Elliot Sober et David Wilson, *Unto Others : The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, op cit p 114.

¹⁵⁸⁹ Par exemple, Robert Nadeau, *Cultural Evolution, True and False*, 2003, *Cahiers d'épistémologie n°295*, Université du Québec à Montréal, Montréal, 43 pages.

coopération, de coordination, de sélection, de concurrence. Ce type d'approche est une anticipation des études sur la complexité et sort ainsi du terrain traditionnel de l'analyse économique du droit néoclassique.

La difficulté principale est de savoir comment le groupe effectue la sélection des règles. L'approbation des autres membres du groupe et le degré de traditionalisme nous semblent conduire à une évolution plus ou moins lente. Hayek mentionne le rôle important des « anciens » qui ont le plus de chance d'être imités et qui sélectionnent les nouvelles règles acceptables¹⁵⁹⁰. L'accent est alors mis sur le réseau existant dans la société.

Concernant la sélection à proprement parler, Hayek précise que « *we are bound to explain the fact that the elements behave in a certain way by the circumstance that this sort of conduct is most likely to preserve the whole – on the preservation of which depends the preservation of the individuals, which would therefore not exist if they did not behave in this manner* »¹⁵⁹¹. Il souhaite exprimer qu'un tel système peut survivre sans nécessiter un contrôle conscient¹⁵⁹². Nous avons donc ici une structure du type main invisible¹⁵⁹³. En favorisant les anticipations et la coordination, le groupe se maintient. La disparition du groupe auquel l'individu appartient ne conduit pas nécessairement à la disparition de l'individu. Le groupe est avant tout un ensemble de règles suivies par certaines personnes ; il est abstrait. Pour Hayek, semble-t-il, le groupe n'est là que pour exprimer une rationalité distribuée et adaptative des membres de ce dernier¹⁵⁹⁴.

Hayek fait l'hypothèse que la sélection se produit en relation avec l'efficacité des règles. Néanmoins, il ne précise pas réellement ce qu'il entend par efficacité. Ce postulat est conforme à l'analyse économique du droit traditionnelle. Son efficacité semble être subjective en ce sens qu'elle résulte d'une interprétation des membres du groupe dans une situation environnementale donnée. Elle serait donc purement relative et comparative ; cependant son horizon n'est pas précisé (long terme, court terme). De même, est-ce une règle qui est visée par l'efficacité ou un ensemble de règles (une même règle dans des ensembles de règles différents aura nécessairement

¹⁵⁹⁰ Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 79.

¹⁵⁹¹ Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 77.

¹⁵⁹² Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 74. Voir aussi Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, pp 20-21. Il y précise que son modèle à lui seul ne peut justifier l'adoption des règles du marché libre.

¹⁵⁹³ Il cite Smith, Hume, Mandeville, Ferguson, Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 77.

¹⁵⁹⁴ Friedrich Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Conduct*, op cit, p 72.

des résultats différents) ? La solution dépend en grande partie de ces variables. Le résultat de l'efficacité sera une augmentation de la population qui adhèrera aux règles du groupe¹⁵⁹⁵.

En ce qui concerne les règles résultant d'un tel ordre, il va de soi qu'elles ne sont pas consciemment choisies par le groupe dans la mesure où elles sont réinterprétées par ses membres. De même, elles peuvent résulter d'un accident et ne sont pas forcément suivies consciemment¹⁵⁹⁶. Elles dépendent donc d'un très grand nombre d'éléments.

2. Les spécificités du droit dans l'approche hayekienne

Le droit est un produit et une condition de l'évolution (a). L'action consciente sur les règles juridiques a des conséquences plus aléatoires que si les normes ne constituaient pas un système global, sauf si le degré de complexité est faible (ce qui est peu probable). *Hayek va plus loin que les théories économiques précédentes car il propose une explication de la différenciation entre les normes sociales (essentiellement morales) et le droit formel.* Même si cette différenciation est loin d'être parfaite, notamment car elle se focalise avant tout sur le droit privé, elle fournit de nombreuses indications sur la dynamique des normes.

Hayek insiste aussi sur la fonction présumée du droit : sécuriser les anticipations légitimes des agents et réduire l'incertitude (b). Cette fonction vise la dimension de coordination mais elle est réinterprétée : elle ne représente que le cadre dans lequel les interrelations ont lieu. De plus, cette structure n'est qu'incitative dans la mesure où elle ne contraint pas les agents à agir d'une façon déterminée mais les oblige à tenir compte des moyens pour aboutir à leurs fins.

Ces deux caractères établissent un lien évident avec le processus de développement de la société. La nature du droit dans la construction hayekienne permet, dans une large mesure, de justifier l'État de droit et la liberté

a. Le droit comme produit et condition de l'évolution, la coévolution droit/société

Le droit, dans la logique de l'ordre spontané, est un produit de l'évolution, une entité émergente des interactions individuelles. Il est antérieur à la législation¹⁵⁹⁷. Hayek ne peut pas être plus explicite : « *Le droit, au sens de règles de conduite obligatoires, est certainement aussi ancien que la société ; seule*

¹⁵⁹⁵ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, pp 6, 120-139.

¹⁵⁹⁶ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 3*, op cit, pp 185-186.

¹⁵⁹⁷ Le Chapitre 4 de Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, pp 87-112 s'intéresse spécialement à ce point. Voir aussi Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, spécialement chapitres 11 et 16.

l'observance des règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein de la société»¹⁵⁹⁸.

L'opposition entre le droit et la législation reprend l'opposition entre ordre spontané (à l'origine du droit) et l'ordre construit (à l'origine de la législation). Cette conception du droit est à la fois trop large (puisque justement le droit inclut l'ensemble des règles de coordination) et trop étroite (puisque la législation fait partie du droit dans l'acception courante du terme).

Le droit résulte de l'interaction des individus puisque, pour se coordonner, les individus doivent se mettre d'accord sur un ensemble de règles : l'accent sur la dimension fonctionnelle du droit constitue un des traits caractéristiques de l'approche économique. Cependant, les individus n'ont pas une réelle conscience des règles qu'ils suivent. Hayek note ainsi qu'il « *y a un long chemin à parcourir depuis la situation d'où l'on sait comment agir, où l'on est également capable de discerner si les actes d'autrui sont conformes ou non aux pratiques reçues, jusqu'à la situation où l'on est capable de formuler avec des mots de telles règles* »¹⁵⁹⁹.

Hayek distingue le droit, la tradition et la morale. Il précise ainsi que la morale ne peut (en fait ne doit pas) faire l'objet d'une coercition lorsqu'elle s'exerce dans la sphère privée¹⁶⁰⁰, postulat qui correspond plus à son libéralisme qu'à une analyse économique « poussée ». De même, toutes les règles de droit ne sont pas liées à la morale¹⁶⁰¹. Hayek présente donc une logique d'évolution des normes assez semblable à celle proposée par Hart.

Originellement, droit, morale, et tradition sont confondus : ce sont des phénomènes normatifs dont la distinction n'a aucun sens ; les membres du groupe ne connaissent qu'une seule façon d'exécuter leurs tâches et de se comporter¹⁶⁰². Il sera ensuite possible de distinguer entre la sphère privée et la sphère publique : lorsque le groupe s'étend les normes de coordination évoluent. La morale se positionne lentement du côté de la sphère privée et la tradition du côté de la sphère publique. Le droit apparaît comme l'ensemble des règles nécessaires à une coordination des individus sans reprendre l'ensemble des règles de morale et de tradition. Cette analyse semble bien évidemment plus proche d'un modèle de *common law* que d'un modèle de droit écrit. Cependant quel est le degré de coordination recherché ?

Il n'existe pas de stricte frontière entre ces trois concepts. Le droit et la morale sont abstraitement plus faciles à distinguer mais nous devons faire référence à autre chose que la fonction (leur

¹⁵⁹⁸ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté tome 1*, op cit, p 87.

¹⁵⁹⁹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 88.

¹⁶⁰⁰ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 145.

¹⁶⁰¹ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 67.

¹⁶⁰² Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 97.

fondement se trouve dans l'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif et vise à faire du respect du droit et de la morale la stratégie optimale). Le droit et la tradition sont liés dans l'œuvre hayekienne même s'il est difficile de savoir jusqu'à quel point. Il ne semble pas que toute tradition puisse faire l'objet d'une véritable règle de droit. Si tel était le cas, la distinction ne se situerait qu'au niveau formel et non substantiel.

Dès lors que la tradition reste inconsciente, elle n'a pas besoin de faire l'objet d'une protection puisqu'elle est respectée « naturellement ». En revanche le droit reprend essentiellement des traditions¹⁶⁰³. Ainsi dans l'approche hayekienne, la formulation des règles ne vise qu'à tenir compte et préciser des comportements et traditions déjà établis ; « *qu'à obtenir le consensus touchant son existence [de la règle] et non pas à confectionner une règle nouvelle* »¹⁶⁰⁴. Cette formulation est rendue nécessaire par l'apparition de nouvelles règles d'actions chez les individus du groupe, par les processus d'information et d'innovation¹⁶⁰⁵. Hayek se compare à la tradition grecque et romaine qui cherche à expliciter un droit déjà existant à l'état latent. Le code de Justinien par exemple ne visait nullement à une reformulation complète du corpus juridique. De même Portalis affirme qu'il est impossible de construire un droit sans respecter le droit latent¹⁶⁰⁶.

La distinction du droit et de la tradition ou de la morale est une question d'autant plus importante que nous savons qu'il existe un mécanisme d'évolution culturelle. Ce dernier vise essentiellement les traditions et la morale. Leur accorder une trop forte protection risque d'en diminuer la rapidité d'évolution et ainsi de jouer sur l'adaptabilité du groupe. De plus, si le respect de la tradition est trop fort, il deviendra difficile de distinguer entre le libéralisme et le conservatisme puisque ce respect entraîne une résistance à la nouveauté.

Nous retrouvons le conflit entre exploitation et exploration. La solution doit être recherchée au cas par cas en fonction de critères qui ne peuvent être objectifs mais qu'il semble possible de découvrir par une sorte de « bonne foi » intellectuelle. Hayek prône ainsi un retour à une raison pratique modifiée par la modernité. Cette dimension de raisonnement pratique comme dépassement de l'approche « rationaliste » sera développée dans le dernier titre de notre seconde partie.

¹⁶⁰³ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 93.

¹⁶⁰⁴ Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 1*, pp 94-95, voir aussi Philippe Nemo, *La Société du droit selon Hayek*, 1988, Puf, Paris, 448 pages, spécialement p 112.

¹⁶⁰⁵ Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 153.

¹⁶⁰⁶ Hayek développe la même approche. Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 27 ; il fait aussi une référence implicite à Portalis, Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 77.

Le droit apparaît comme l'ensemble des règles permettant un minimum de coordination entre les hommes, étant entendu que ce minimum est difficile à définir et que le cadre d'application de ce minimum est, lui aussi, assez flou. Pour Hayek, l'optimalité de l'arbitrage entre exploration et exploitation sera le résultat de l'évolution et de la performance des groupes¹⁶⁰⁷ et non le résultat d'un calcul. Finalement, le droit correspond à ce qui nécessite « légitimement » une protection de l'État, autrement dit ce qui est reconnu comme tel par les individus (les normes sont donc censées dépasser le niveau individuel et véritablement concerner une dimension émergente). Ce critère est difficilement exploitable sur le plan matériel et il est analytiquement trop faible pour être utilisé par une analyse économique de type néoclassique.

Pour Hayek, la sacralisation de la procédure législative fait perdre de vue le point important de la limitation du pouvoir du législateur. Ce danger se retrouve aussi dans l'analyse économique du droit. Le point de vue visant la conception de l'ordre dans lequel un individu souhaite agir, conditionne donc les possibilités d'action de cet individu. L'analyse économique du droit, en supposant l'information parfaite ou au moins optimale, risque de « sombrer » dans le rationalisme absolu si elle ne perçoit pas les limites constitutives de son modèle.

Le droit est aussi une condition de l'évolution. Ce point est renforcé par le lien qui existe dans l'œuvre hayekienne entre le droit et la liberté. La liberté étant nécessaire à l'évolution puisqu'elle permet la variation, le droit est fondamental pour cette dernière et la survie de la société, en favorisant une évolution plus pacifique¹⁶⁰⁸ plus à même de maintenir la cohésion du groupe et donc sa « force » du point de vue évolutionnaire. En supposant la force du groupe dans les sociétés modernes liée à la richesse de ces groupes, nous pouvons retrouver l'analyse économique traditionnelle : si le droit et la liberté permettent une plus grande richesse du groupe, ces valeurs peuvent être mises en œuvre sur la seule base de leur efficacité et ce quelle que soit la « valeur » qu'un individu attribue à l'idée de droit ou de liberté. Le fondement de cette logique est cependant différent dans l'œuvre hayekienne et dans l'analyse économique du droit traditionnelle en raison du subjectivisme poussé de l'approche autrichienne.

¹⁶⁰⁷ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 90.

¹⁶⁰⁸ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté tome 1*, op cit, pp 90-91.

b. La fonction du droit, réduire l'incertitude et sécuriser les anticipations légitimes

La fonction principale du droit touche à la réduction de l'incertitude¹⁶⁰⁹ : « *Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés* »¹⁶¹⁰, « *les règles sont un artifice pour parer à notre ignorance constitutive* »¹⁶¹¹. Cette dimension d'incertitude est liée à une théorie de la rationalité sous jacente. Les conceptions hayekiennes vont donc au-delà de l'analyse économique du droit traditionnelle.

La certitude du droit ne provient nullement de sa formulation. Hayek reconnaît parfaitement les limites du langage¹⁶¹². Il accepte pleinement ces limites et ne cherche pas à dépasser celles-ci comme souhaite le faire l'analyse néoclassique. Ceci a des conséquences importantes puisque, *in fine* le droit ne peut jamais être complètement certain. La règle de droit est ainsi par essence complètement abstraite et sa formulation ne peut jamais véritablement exprimer l'ordre qu'elle sous tend.

Le droit est un mécanisme qui permet de sécuriser les anticipations légitimes. Le problème économique fondamental de la société est celui de la coordination efficiente entre les hommes. Si nous supposons la liberté des individus pourvus d'une rationalité limitée, l'action se réalise essentiellement sur des suppositions. Si les anticipations sont contrariées par les comportements et que ces comportements ne sont pas un minimum « stables », le mécanisme d'apprentissage risque d'en pâtir, de même que l'ordre au sein de la société (dans la mesure où le processus d'ajustement mutuel sera plus long et moins efficient).

Le droit intervient à ce niveau. *En formulant des règles, il permet aux individus de disposer de points de repères collectifs permettant, dans une large mesure, la coordination.* Si cette dimension est également présente dans l'approche classique en termes de théorie des jeux, Hayek fonde essentiellement le droit sur elle. La société est un phénomène complexe et il serait absurde de vouloir une sécurisation maximale de l'ensemble des anticipations. Seules les anticipations légitimes¹⁶¹³ recevront une protection étatique. Nous retrouvons le conflit entre exploitation et exploration : la sécurisation des anticipations permet à la société d'exister mais une trop grande rigidité l'empêche

¹⁶⁰⁹ La formulation verbale des pratiques permet justement de rétablir, dans une certaine mesure, la certitude du droit. Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté tome 1*, op cit, pp 92-95.

¹⁶¹⁰ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté tome 1*, op cit, p 117.

¹⁶¹¹ Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 2*, op cit, p 9.

¹⁶¹² Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté, tome 1*, op cit, p 105 par exemple.

¹⁶¹³ L'idée de légitimité dépasse le simple calcul coûts-bénéfices dans la mesure où elle exclut du calcul certains coûts et certains bénéfices considérés comme non légitimes. Il serait éventuellement possible de construire une idée de légitimité autour de l'analyse coûts-bénéfices : est légitime une anticipation dont la protection fait émerger un bénéfice net.

d'évoluer. Cette logique reste différente de l'analyse coûts-bénéfices même s'il est possible de la reformuler en son sein en se fondant sur les anticipations de coûts et de bénéfices.

L'approche hayekienne ne peut nous donner des règles strictes dans la pratique et vise plus l'explication que la prescription. Il n'explique pas ce qu'est une anticipation légitime – même si logiquement la légitimité de l'anticipation repose sur un processus d'évolution, et donc un avantage évolutionnaire.

Les deux « types » d'approche visant à expliquer la dynamique des règles pointent vers la dimension fonctionnelle du droit et son rôle pour la coordination des individus : elles rationalisent donc le droit dans une perspective économique. Elles s'accordent aussi sur l'idée que la coordination doit être la plus efficiente possible, même si le concept d'efficacité utilisé est légèrement différent (quoi que essentiellement centré sur l'efficacité comme adaptabilité). Ces prémisses constituent le socle sur lequel les prescriptions pourront se réaliser et se fondent, elles-mêmes, sur une approche différente de l'idée de rationalité individuelle. Elles définissent donc partiellement la valeur des théories. L'opposition entre ordre construit et ordre spontané est également déterminante pour une autre dimension du droit : si le droit résulte d'un ordre spontané, il n'est pas politisé. Si par contre le droit est le produit d'un ordre construit, il devient nécessaire de déterminer les conditions économiques de sa production et les moyens d'y faire face, autrement dit d'insérer dans le schéma les méta-normes de coordination.

Section 2. L'analyse économique appliquée à la création des normes juridiques : des normes de coordination aux méta-normes de coordination.

« Economists should cease proffering policy advice as if they were employed by a benevolent despot, and they should look to the structure within which political decisions are made »¹⁶¹⁴

James Buchanan

« More fundamentally, how do we know that legislators really are better policy makers than judges ? No doubt they could be – if only they could throw off the yoke of interest group pressures, reform the procedures of the legislature, and extend their own policy horizons beyond the next election. If they cannot do these things, their comparative institutional advantages may be fantasy. To compare real judges with ideal legislators is to commit the Nirvana fallacy »¹⁶¹⁵

Richard Posner

Les phénomènes normatifs ont une « utilité » dans la mesure où ils sont susceptibles de constituer, mais aussi de modifier, l'allocation des ressources par le mécanisme du marché. S'ils définissent des règles de coordination entre les individus et que ces règles sont supposées « conscientes », il est nécessaire de disposer de méta-normes de coordination permettant d'identifier et de contraindre les normes de coordination d'un niveau inférieur.

Le droit, qu'il résulte de normes écrites ou jurisprudentielles, est le produit de l'action d'individus. Ce produit peut être inconscient, ce sera le cas des règles de l'ordre spontané, ou être le fruit d'une construction « rationnelle » et consciente. Dans ce dernier cas, le code économique peut être appliqué pour comprendre la production des normes : les normes sont le produit d'individus maximisant leur utilité. *L'idée de rationalité ne se limite donc pas aux acteurs sur un marché ou soumis à un droit mais aussi aux « producteurs » de ce droit qui sont soumis à un droit parfois spécifique.* Le législateur « rationnel » se prononcera pour ou contre un texte en fonction de l'utilité qu'il dérivera de chaque option et non systématiquement en fonction de la maximisation du « bien-être » de la

¹⁶¹⁴ James Buchanan, *The Constitution of Economic Policy*, 1986, Nobel Lecture, in James Buchanan, *Economics, Between Predictive Science and Moral Philosophy*, 1987, Texas A&M University Press, College Station, 413 pages, pp 303-314, p 303

¹⁶¹⁵ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 143.

société. Autrement dit, savoir qu'une norme assure une plus grande efficacité ne garantit pas que cette norme soit mise en œuvre (il serait possible d'évoquer une défaillance du système de production des normes) car la dimension du rapport de force comme condition de la création des normes (et résultat de méta-normes de coordination) est passée sous silence. Si une option est susceptible de faire réélire un parlementaire, il la préférera, même si celle-ci conduit à des gaspillages du point de vue du groupe. De façon plus « amusante » encore, « *Political players who might seek to further some conception of an all encompassing general, or public, interest cannot survive. They tend to be eliminated from the political game in the evolution like selection process* »¹⁶¹⁶. Autrement dit la rationalité économique est une condition de survie dans le monde politique, du point de vue théorique tout du moins.

De même, un juge « pourvu d'une rationalité économique » tranchera un conflit à l'issue d'un calcul coûts-bénéfices sophistiqué et non en fonction des « seuls » éléments présentés par les parties. Sous cet angle, le revirement de jurisprudence prend une coloration très particulière. Cette approche transforme aussi notre perception du jugement et pourrait remettre en cause le postulat de cohérence de la jurisprudence.

L'analyse économique constitue un système d'interprétation des phénomènes juridiques plus systématique car axiomatisé (au moins dans le modèle « idéal » néoclassique). Elle pourra fournir des indications sur l'efficacité comparée des différents processus de génération du droit ou nous aider à reconstituer le « sens » des règles. Ses résultats ne divergent pas tous de ceux de l'analyse juridique classique. Elle permet ainsi de refonder certains des résultats de cette dernière comme la norme fondamentale, la démocratie, le vote, le bicaméralisme, la séparation des pouvoirs, etc.

Formellement, les normes produites par les « autorités » et respectant une certaine procédure sont du droit (conformément à une logique positiviste de Kelsen). Ce point n'est pas remis en cause par l'analyse économique du droit qui ne se penche pas directement sur cette question¹⁶¹⁷. Elle tente cependant de dépasser la logique purement formelle pour s'intéresser à la génération de la « substance » du droit, même si cette substance touche la dimension formelle du droit¹⁶¹⁸.

¹⁶¹⁶ James Buchanan, How Can Constitutions be Designed so that Politicians Who Seek to Serve « Public Interest » can Survive and Prosper ?, 1993, in James Buchanan, *The Collected Works of James Buchanan, vol 16, Choice, Contracts and Constitutions*, 2001, Liberty Fund, Minneapolis, 473 pages, pp 148-154, pp 148-149. Cette affirmation n'est valable que dans le cadre de nos systèmes et sans aménagement de ceux-ci.

¹⁶¹⁷ puisqu'elle dépasse le cadre de l'analyse économique (sur cette question, voir le prochain chapitre).

¹⁶¹⁸ Ce sera le cas des règles instaurant des procédures à respecter. Notons d'ailleurs que la dimension fonctionnelle, si elle influence la dimension substantielle, redevient une dimension économiquement pertinente.

La conception économique de la génération « consciente » des règles juridiques pointe, en principe, vers le rapport de force puisque l'intérêt privé des autorités se confond rarement avec l'intérêt public qu'elles sont censées promouvoir. Cette conception n'est pas nouvelle et se retrouve, notamment, dans les analyses de Marx ou d'origine marxiste, et dans les théories politiques proches de la sociologie bourdieusienne. Trivialement, la loi traduit l'opposition entre différents partis ou différentes préférences individuelles¹⁶¹⁹. Le Parlement n'est pas une entité mais un réceptacle du jeu des volontés individuelles. La vulgate journalistique qui évoque les « bras de fer » opposant le gouvernement aux syndicats ou différents partis politiques va dans le même sens.

Cette conception semble faire l'impasse sur un deuxième aspect du droit : *si le droit est le résultat d'un rapport de force, il est aussi à l'origine de son institutionnalisation et de sa solution ; il crée des méta-normes de coordination sur le fondement desquelles des normes de coordination pourront émerger*¹⁶²⁰. Le droit définit la structure au sein de laquelle le rapport de force concernant la production des normes pourra s'exprimer et se solutionner. Le droit précise ainsi les règles du jeu politique (la structure de coordination) au sein desquelles les « politiques » vont pouvoir se concurrencer. La méthode de « détermination » des autorités peut passer par plusieurs procédures, du vote à la nomination en passant par les méthodes plus « exotiques » (choix aléatoire, choix en fonction de l'âge, du sexe, etc.), et chacune de ces procédures définira le terrain sur lequel le jeu politique s'effectuera.

Nous développerons ici la logique générale de la coordination évoquée dans notre précédente section en nous intéressant à la génération consciente du droit. Symboliquement, nous ajoutons un « étage » à l'analyse précédente, en passant au niveau « méta ». Si l'efficacité économique passe par une complémentarité entre institutions et marchés, dès lors que certaines institutions sont un produit conscient (comme le droit l'est en général, surtout dans les pays de droit écrit) et qu'elles peuvent avoir une influence sur l'allocation des ressources, les acteurs de la production consciente des normes n'échappent pas à l'analyse en termes de rationalité. Cet étage permet de justifier l'intérêt des règles de procédure ou des restrictions substantielles ; il constitue une possibilité d'optimalité dans la production normative.

Si la norme est le produit de plusieurs individus et que ces individus ont des préférences différentes, chacun essaiera d'inciter les autres à rejoindre sa position (si les rationalités sont

¹⁶¹⁹ La perception économique risque de passer à côté de la dimension collective du processus de décision. La décision collective n'est pas qu'une simple agrégation de préférences individuelles, elle va au-delà.

¹⁶²⁰ Nous pouvons retrouver, en partie, la distinction entre les normes primaires et les normes secondaires de Hart. L'analyse économique permet de rationaliser cette distinction. Notons cependant que pour qu'économiquement les normes « secondaires » aient un impact, il est nécessaire qu'il existe un mécanisme de sanction du non respect de ces normes.

limitées)¹⁶²¹ et le vote¹⁶²² matérialisera le rapport de force et la méthode permettant de le résoudre. Ce rapport de force sera modifié en fonction de la structure¹⁶²³ au sein de laquelle il s'exerce, structure définie par les méta-normes de coordination. La procédure législative aura nécessairement un impact sur la production des lois et sur leur substance : le vote à la majorité qualifiée n'emporte pas, toutes choses égales par ailleurs, les mêmes conséquences que le vote à la majorité simple, car certaines normes qui auraient pu être votées dans le second cas, ne pourraient pas l'être dans le premier. Le même raisonnement pourrait être conduit en ce qui concerne le bicamérisme. *L'analyse économique de la production des normes juridiques vise ainsi à analyser les conséquences de la la structure d'incitation et, sous un angle plus normatif, à « déterminer » la ou les structures susceptibles de conduire les autorités à adopter les règles juridiques efficaces et ce, quel que soit le rapport de force en vigueur.*

Si l'autorité en charge de créer la norme est « seule » à décider, il s'agira, économiquement, d'analyser les « contraintes » pesant sur cette autorité (même en cas de pouvoir discrétionnaire), autrement dit la structure au sein de laquelle la décision est prise en supposant que la production de cette autorité est le fruit de sa seule rationalité. Trivialement, plus les contraintes seront importantes, moins l'autorité aura toute latitude pour exercer son pouvoir¹⁶²⁴. La séparation des pouvoirs vise ainsi à faire en sorte que l'autorité en charge de prendre une décision ne puisse pas en maîtriser l'ensemble des conséquences. Une nouvelle fois, l'analyse économique s'interrogera sur la structure d'incitation conduisant à l'adoption des normes efficaces. Cette dimension dépasse le cadre de l'analyse économique du droit traditionnelle qui se concentre principalement sur les normes de droit privé. Elle a cependant émergé en parallèle à l'analyse économique du droit à travers les mouvements du « *Public Choice* », de la « *constitutional economics* » ou de la « *positive political theory* »¹⁶²⁵.

¹⁶²¹ Lorsque la négociation est institutionnalisée et autorisée.

¹⁶²² Il s'agit déjà d'une procédure.

¹⁶²³ Si cette structure est essentiellement juridique, il serait maladroite de la résoudre à une simple dimension juridique. Les normes sociales auront ainsi un impact notamment en ce qui concerne la négociation.

¹⁶²⁴ Il faudrait réserver le cas dans lequel la complexité de la structure conduit « paradoxalement » à renforcer les marges de liberté de l'autorité.

¹⁶²⁵ Il existe une très vaste littérature en la matière. Voir par exemple, McNollgast, *The Political Economy of Law*, 2007, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, op cit, vol 2, pp 1651-1738 (cet article propose une très large bibliographie qu'il serait fastidieux de reprendre ici dans le détail); James Buchanan et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, op cit (mais aussi la plupart des articles et ouvrages de ces deux auteurs); Denis Mueller, *Public Choice III*, op cit; Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, op cit; Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, 2000, Princeton University Press, Princeton, 412 pages. La littérature sur le sujet est vaste et souvent formalisée. Les références présentées visent surtout la synthèse des différentes recherches.

Notons d'ores et déjà le problème de l'articulation entre l'efficacité touchant la norme elle-même et l'efficacité touchant les normes de production de normes. Si une norme de production est optimale, comment considérer que le résultat de cette production ne puisse pas l'être ? Le niveau d'analyse est donc déterminant pour pouvoir qualifier une norme d'efficace. Nous retrouvons ici, à un niveau « supérieur », la question de la rationalité : toute action suivant une procédure rationnelle est-elle rationnelle ou la rationalité n'est-elle déterminée que par son choix ? Ce postulat de rationalité des « décideurs » peut expliquer les raisons d'une approche plus procédurale que conséquentialiste en droit et « rationalise » ainsi la logique juridique « traditionnelle ».

Nous nous intéresserons spécifiquement à la production des normes écrites, plus particulièrement à l'influence économique de la Constitution (§1) – qui constitue la méta-norme de coordination par excellence – et à la production des normes jurisprudentielles (§2) qui, elle aussi, est soumise à un ensemble de méta-normes. *Nous montrerons que l'analyse économique du droit explique de façon systématique en quoi la structure juridique de production des normes a un impact sur la génération des normes et donc sur l'allocation des ressources.* Elle permet aussi de mettre en évidence les « défaillances du système de production des normes » et d'analyser les normes « supérieures » comme des contraintes visant à limiter la possibilité de telles défaillances.

L'analyse économique du droit permet d'identifier plusieurs niveaux de coordination : un niveau idéal dans lequel les normes peuvent ne viser que l'efficacité globale et un niveau moins enchanté dans lequel des normes visent à assurer que la production des normes ne soit pas trop inefficace. Si dans la suite de cette section nous nous intéresserons essentiellement à la Constitution, toutes les normes « intermédiaires » peuvent être considérées comme des normes visant à inciter les autorités à ne pas abuser de leur pouvoir. C'est uniquement car cette possibilité existe que ce droit est nécessaire : le coût de mise en œuvre de ce droit est moins important que le bénéfice qu'il permet d'induire. *Comme le droit est le produit d'un rapport de force, le droit construit, en son sein, des règles permettant de limiter les effets « néfastes » de ce rapport.*

§1. L'analyse économique du droit et la production des normes écrites : l'influence de la Constitution comme méta-norme de coordination

La Constitution correspond à la méta-norme de coordination par excellence. Elle est parfois présentée comme l'ensemble des normes juridiques de production de normes juridiques générales

et abstraites¹⁶²⁶. Autrement dit, l'ensemble des normes d'un système normatif (juridique) doit être, ou doit être réputé, conforme à la Constitution pour pouvoir être qualifié de droit.

Du point de vue des acteurs du système (point de vue qui intéresse plus directement l'analyse économique), l'influence qu'ils pourront exercer sur les normes dépend très étroitement de la structure de génération des normes qu'elles mettent en place, à la fois en ce qui concerne la détermination des autorités, leurs possibilités d'actions et leur(s) contrôle(s). Cette structure aura donc un impact sur les normes qui pourront émerger s'il existe une sanction juridique ou sociale au non respect de cette structure. De même, économiquement, il est nécessaire qu'une méta-norme ne puisse pas être modifiée par une norme, mais en respectant une métaméta-norme dont l'origine peut se situer soit à l'intérieur de la méta-norme (règles de révision constitutionnelle), soit à l'extérieur (et dans cette logique, économiquement, la question de la supra-constitutionnalité se pose, au moins théoriquement).

La Constitution ne détermine qu'une partie de la structure de génération des normes (la structure strictement « juridique », ce qui explique pourquoi les positivistes ont tendance à se focaliser sur la forme) dans la mesure où il existe d'autres contraintes (plus « substantielles ») liées notamment aux normes sociales (lesquelles peuvent agir soit de façon autonome, soit via l'interprétation d'une règle constitutionnelle). Par exemple, les conventions de la Constitution ou les principes à valeur constitutionnelle peuvent être considérés comme des rationalisations juridiques de normes sociales externes. De même, le respect des normes constitutionnelles est, en partie, le produit de normes sociales qui imposent un « coût » important à leur non respect.

La logique économique de la Constitution peut ainsi se dévoiler : comme les coûts de transaction sont parfois trop importants, il est nécessaire de disposer de règles communes (les normes de la section précédente). Afin de disposer de règles communes créées « consciemment » par des individus, il est nécessaire d'en « préciser » les conditions d'émergence, autrement dit des méta-normes de coordination qui, elles-mêmes, se fondent, ad infinitum sur des métaméta-normes. Cette « précision » ne deviendra nécessaire qu'à partir du moment où ces méta-normes ne sont pas partagées (intériorisées) par l'ensemble des membres d'un groupe. Si le groupe s'étend, il existera une différenciation entre ses membres et donc une pression visant à l'explicitation des méta-normes pour « légitimer » (c'est-à-dire diminuer le coût du respect) ces normes et donc assurer une plus grande cohésion du groupe. Les constitutions apparaîtront lorsque le coût de

¹⁶²⁶ Il est possible de critiquer cette définition ce que nous ne ferons pas ici.

leur établissement sera inférieur au bénéfice retiré de celui-ci¹⁶²⁷. Le passage de l'autorité charismatique à l'autorité légale rationnelle, pour reprendre la terminologie wébérienne, ne correspond qu'à une précision et une rationalisation de ces méta-normes.

Ces méta-normes définissent comment les normes de coordination pourront être prises, c'est à dire qui pourra les prendre (i.e une méthode de détermination des « autorités »), quelle sera la procédure à respecter (i.e les relations entre les autorités), quelles seront les limites à la prise de décision (i.e le contrôle juridictionnel et les limites substantielles) et, éventuellement, quels seront les effets de l'instauration d'une norme de coordination. Notons que *la substance de la méta-norme sera plus abstraite que la substance d'une norme lui étant inférieure*. Par ailleurs, le « degré » d'accord sur les normes devrait être logiquement d'autant plus élevé quand nous passons d'une norme à sa ou ses méta-normes. Idéalement, la « norme fondamentale » devrait faire l'objet d'une unanimité parfaite.

En principe, la structure de génération des normes mise en place par la Constitution est composée de règles de procédures (A) et de règles plus substantielles (déclarations de droit) (B). Les premières définissent l'ensemble des règles du jeu touchant à la création du droit sans pour autant viser directement la substance du droit ; sous leur seul empire, il n'existe pas de limite quant au contenu des normes de coordination mais uniquement quant aux moyens visant à faire émerger le contenu. Les secondes visent plus directement à imposer des limites quant au contenu des normes de coordination. Dès lors que les règles de procédure définissent une métaméta-norme de coordination, autrement dit les conditions de modification de la méta-norme, les limites substantielles ne sont que des limites procédurales (si nous ne tenons pas compte des normes sociales qui peuvent être très puissantes).

Si nous nous intéressons ici au rôle des constitutions pour limiter les défaillances du système de production des normes, n'oublions pas que les constitutions sont, elles-mêmes, un produit économique et donc susceptibles d'être défaillantes en raison de l'opportunisme des constituants. Cet opportunisme ne peut survenir que si les constituants ont vocation à être soumis à l'empire de leur Constitution¹⁶²⁸. Sans « bénéfice(s) » susceptible(s) d'être retiré(s) une fois la Constitution établie, il n'existe aucune incitation pour les constituants (sauf éventuellement corruption ou paresse) à dévier de leur mission. La méta-norme visant à limiter l'inefficience des normes, une

¹⁶²⁷ Il serait possible de rationaliser (schématiquement ici) l'apparition du constitutionnalisme. La mise en évidence de la rationalité par les philosophes des lumières conduit l'homme à modifier sa perception sur sa relation avec l'autorité. Cette modification a eu pour effet d'augmenter le coût du système à l'œuvre et donc d'augmenter les bénéfices d'une redéfinition des pouvoirs politiques par l'établissement d'une méta-norme.

¹⁶²⁸ Techniquement, il faudrait que les constituants n'aient aucun intérêt dans leur construction, ce qui est illusoire.

métaméta-norme devrait viser à limiter l'inefficience des méta-normes. C'est à ce niveau que les normes sociales interviennent. En effet, si, juridiquement, aucune norme (si nous sortons de l'hypothèse de la « norme fondamentale » de Kelsen) ne permet de valider la création ex nihilo d'une Constitution, la reconnaissance de la validité de cette méta-norme ne peut se fonder que sur un élément extra-juridique comme les normes sociales. L'idée de légitimité ou de « contrat social » pourrait jouer ce rôle.

Afin de simplifier l'analyse, nous supposons que le constituant tente de développer une structure au sein de laquelle les autorités sont incitées à promouvoir l'intérêt collectif au détriment de leur intérêt personnel « strict ». Si les constituants ont des préférences et des intérêts suffisamment dissemblables, nous pourrions retrouver une logique proche de celle de la décision sous voile d'ignorance de Rawls (même si la culture d'un pays ne peut être effacée et doit même être prise en compte). Pareillement, les normes constitutionnelles étant suffisamment générales, l'accord sera plus « aisé » à obtenir qu'en ce qui concerne des normes plus spécifiques.

L'analyse économique montre la nécessité des méta-normes de coordination et permet d'en analyser l'impact en termes d'efficacité sur les normes de coordination. Elle permet « presque » de déduire des hypothèses de rationalité et d'efficacité la structure d'un système normatif et l'impact de cette structure sur l'efficacité des normes produites. Elle conduit à appréhender les concepts juridiques sous un œil nouveau et parfois « destructeur ».

L'analyse économique appliquée à la Constitution est un sujet bien trop vaste pour que nous puissions prétendre ici à l'exhaustivité. Nous souhaitons simplement montrer que l'analyse économique propose une approche systématique des problèmes et perçoit les normes avant tout sous l'angle de la coordination (et donc de l'incitation). Plus précisément, le codage économique impose cette perspective.

A. Le rôle des règles de procédure : contraindre les décisions futures par l'établissement d'un cadre de négociation

Les méta-normes de coordination définissent à la fois le cadre dans lequel la compétition pour la production des normes se réalisera, et les solutions aux « conflits » (ou les principes de solutions) relatifs à cette production¹⁶²⁹. De même que les règles de compétition permettent d'éviter l'émergence d'un monopole et donc une inefficience probable, les règles de procédure ont pour objet de définir un cadre dans lequel la compétition politique pourra avoir lieu en limitant les

¹⁶²⁹ Il est possible de considérer que le mécanisme de résolution des conflits fait partie de la détermination du cadre

inefficiences. Le cadre est limitatif puisqu'il s'agit d'un cadre : il détermine les possibilités d'action sur les normes juridiques.

Les règles de procédure ont pour objet d'éviter la monopolisation du pouvoir en établissant un cadre imposant des négociations. Ceci est évident lorsque le concept de séparation des pouvoirs est analysé sous l'angle économique (1). Néanmoins, le concept juridique reste souvent « limité » à une analyse entre les institutions et n'appréhende pas les règles de vote et d'élection (2) qui sont, économiquement, des moyens visant à éviter la monopolisation du pouvoir¹⁶³⁰. L'analyse économique permet de refonder et de rationaliser ces concepts juridiques et d'éclairer d'une façon « pertinente » certaines difficultés qui ne sont pas toujours perçues par les approches juridiques traditionnelles.

1 L'interprétation économique de la séparation des pouvoirs : éviter la monopolisation du pouvoir politique

La séparation des pouvoirs peut être considérée comme une métaméta-norme de coordination dans les sociétés occidentales, même si le concept reste entendu de façon très diverse. La loi du 3 juin 1958, qui constitue la métaméta-norme de coordination visant la méta-norme de coordination qu'est la Constitution de 1958, précise la nécessité de respecter le principe de la séparation des pouvoirs (sans pour autant la définir).

La séparation des pouvoirs constitue aujourd'hui à la fois un élément pour analyser un système constitutionnel¹⁶³¹ et une « norme » à laquelle les « bonnes » constitutions devraient se conformer¹⁶³². Elle constitue aussi une norme juridique susceptible d'être invoquée devant les juges (pensons à la séparation entre les autorités administratives et judiciaires et aux limites de l'extension de l'article 34 de la Constitution de 1958).

Sans revenir dans le détail sur le concept juridique de séparation des pouvoirs, nous présenterons une approche économique de celui-ci permettant de refonder et de dépasser les approches juridiques classiques à partir d'un code explicite. En partant des axiomes de base de la théorie économique, il est possible de reconstruire une théorie de la séparation des pouvoirs pertinente et susceptible d'englober les différents points de vue y étant relatifs.

¹⁶³⁰ L'élection est un moyen de contrôle et le vote caractérise l'absence d'une monopolisation du pouvoir

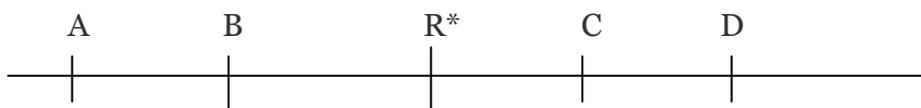
¹⁶³¹ Et pas seulement en termes de « régime présidentiel » et de « régime parlementaire ». En effet, la division du pouvoir constitue l'objet même d'une analyse constitutionnelle. L'idée de séparation des pouvoirs donne un plan retenu par la plupart des manuels qui s'intéressent successivement à chacun des trois pouvoirs, puis à leurs relations et à la résolution des conflits.

¹⁶³² L'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen rejette la qualification de Constitution à toute proposition ne remplissant pas le critère de la séparation des pouvoirs.

L'analyse économique étant essentiellement conséquentialiste, se pose la question de l'objectif de la séparation des pouvoirs et de ses raisons (a). Elle pourra ensuite préciser le contenu de la séparation des pouvoirs¹⁶³³ en soulignant le calcul coûts-bénéfices et l'arbitrage qui en résulte (b).

***a. La division du pouvoir et le risque de monopolisation du pouvoir politique :
L'objet même de la séparation des pouvoirs***

Si les individus au pouvoir sont des individus rationnels, ils chercheront à utiliser leur « pouvoir » pour faire avancer leurs intérêts (leurs préférences) au détriment de l'intérêt général. La représentation géométrique suivante permet de clarifier l'argument :



La ligne horizontale représente l'ensemble des règles de coordination possibles pour remédier à une inefficience. Les points A, B, C et D représentent respectivement les règles « préférées » des individus A, B, C et D (individus rationnels pris au sein du groupe). Nous supposons par commodité qu'il existe une règle optimale pour le groupe, R* représentant la règle qui aurait été choisie à l'unanimité par l'ensemble des membres du groupe, en l'absence de coûts de transaction¹⁶³⁴. Cette règle correspond, métaphoriquement, à la norme correspondant à l'équilibre de concurrence « pure et parfaite » en matière politique.

Si l'ensemble du pouvoir étatique est donné à l'individu A et qu'il n'existe aucune « contrainte » pesant sur cet individu ou ses choix¹⁶³⁵, A choisira la règle se situant au niveau du point A et ne sélectionnera donc pas la règle optimale. Il en est de même si le pouvoir est donné à B, C ou D. Cette solution n'est évidemment pas optimale pour le groupe. Notons par ailleurs que si un seul individu est détenteur du pouvoir, l'incitation à obtenir le pouvoir sera telle que des ressources seront gaspillées en vue de s'assurer une « rente ». De même, la corruption sera logiquement plus présente dès lors que le choix d'une personne sera déterminant.

¹⁶³³ Nous nous intéressons uniquement à une reconstruction économique du concept de séparation des pouvoirs, cette conception économique diverge, en plusieurs points, de la conception traditionnelle.

¹⁶³⁴ Le fait que R* soit au milieu ne doit pas faire croire que la solution du « centre » est toujours la meilleure. Il serait plutôt préférable d'envisager l'idée de barycentre et de normalisation autour de ce point. Par commodité cependant, il est possible de considérer que la solution préférable correspond à la solution médiane. Remarquons aussi que R* est posée, l'argument ne demande pas de pouvoir la déterminer pratiquement. L'analyse économique se penche donc sur une tendance.

¹⁶³⁵ Nous négligeons aussi le problème de la corruption qui est évidemment plus aisée lorsque le pouvoir est concentré.

Il serait possible de considérer qu'il existe un individu dont les préférences individuelles correspondent aux préférences « sociales »¹⁶³⁶. Dans un tel cas, tout le pouvoir pourrait être concentré entre les mains de cet individu et cette concentration serait optimale. Nous retrouverions alors le philosophe roi de Platon ou les anges de Madison : « *If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary* »¹⁶³⁷.

L'homme n'étant pas un ange, il doit être « contraint » de façon interne et/ou de façon externe (le cumul conduisant logiquement à un contrôle plus étroit). Les normes sociales permettent de contraindre l'individu de façon interne mais rien n'indique que la magnitude de leur(s) sanction(s) soit suffisante pour conduire les individus à sélectionner une norme de coordination qui se rapprocherait de la norme optimale. Nous nous intéresserons ici à la contrainte externe puisqu'elle est la marque principale du droit et qu'elle est la seule à pouvoir affecter le comportement de l'*homo economicus*.

Supposons que le pouvoir étatique soit donné à deux des individus et que la méta-norme de coordination oblige ceux-ci à décider à l'unanimité (cette simplification permet de simplifier l'argument). Il faudrait alors construire sur le schéma précédent les marges de négociation. Par exemple, en ce qui concerne l'individu A, il faudrait déterminer la « distance » qu'il serait prêt à parcourir dans un sens ou dans l'autre¹⁶³⁸. Si l'individu A préfère le point A, il faudra déterminer à partir de quel point cet individu sera indifférent entre la sélection d'une règle et l'absence de règle. Formellement, il faudra déterminer la distance e telle que l'utilité (tirée de la sélection de la norme de coordination) de A soit toujours strictement positive dans l'intervalle $[A-e ; A+e]$. Cet intervalle détermine l'espace de négociation. Cet intervalle contient la norme optimale puisque par définition, cette norme correspond à la norme qui aurait été choisie par les membres du groupe à l'unanimité.

Si le pouvoir est donné aux individus A et B, il est évident qu'ils sélectionneront une règle se situant dans l'intervalle $[A, B]$. Si le pouvoir est donné aux individus C et D, la règle choisie se situera dans l'intervalle $[C, D]$. Ces solutions sont moins efficaces que l'octroi du pouvoir à un seul individu puisque, par exemple, la norme sélectionnée par les individus A et B est « moins » optimale que la norme sélectionnée par l'individu B tout seul. Les configurations les plus positives correspondent aux cas dans lesquels le pouvoir est donné aux individus A et C, A et D,

¹⁶³⁶ Nous verrons que la détermination de préférences sociales impose des choix arbitraires.

¹⁶³⁷ James Madison, The Federalist No. 51, 1788, in James Madison, *Writings*, 1999, Library of America, New York, 966 pages, pp 294-298, p 295

¹⁶³⁸ La distance par rapport au point A représentant la perte d'utilité

B et C, et B et D, car les individus seront conduits, dans leur négociation, à se rapprocher de la norme optimale.

Si le pouvoir est donné aux quatre individus, la zone de négociation se réduira et la règle sélectionnée devrait se rapprocher de la règle optimale. Autrement dit, *par la division du pouvoir entre quatre individus, la structure pousse ceux-ci (guidés par leurs intérêts privés) à sélectionner une règle se rapprochant de la règle optimale*. Pour reprendre les termes de Montesquieu, par la disposition des choses, le pouvoir a arrêté le pouvoir.

Ce modèle est très simplifié puisque la norme de coordination optimale n'est pas connue et qu'il est délicat de déterminer la situation exacte des individus sur l'échiquier politique (ici la droite des règles possibles). Néanmoins, même si la règle optimale n'est pas connue, le simple fait de la définir comme celle qui serait choisie, en l'absence de coûts de transaction, à l'unanimité des membres du groupe suffit à l'inclure automatiquement dans l'intervalle de négociation. Autrement dit, le problème se situe dans la sélection des autorités puisqu'il est nécessaire qu'il existe une hétérogénéité suffisante pour que le choix des autorités se rapproche de la règle optimale.

La division du pouvoir ne signifie donc pas simplement la multiplication des individus disposant d'une partie de l'ensemble du pouvoir étatique mais aussi la nécessité d'une hétérogénéité entre ces individus. Si l'objectif est de promouvoir l'intérêt du groupe, il est nécessaire que les autorités soient représentatives de l'hétérogénéité du groupe. Cette hétérogénéité peut résulter de méthodes de « nomination ». Afin que les différents groupes sociaux soient représentés, il est possible d'instaurer des quotas visant à ce que les « décideurs » proviennent des différents groupes. L'élection au scrutin proportionnel favorise aussi, en principe, l'hétérogénéité des décideurs, même si les résultats peuvent être biaisés par les comportements stratégiques. Notons que la multiplication des individus détenteurs du pouvoir étatique conduit « statistiquement » à une hétérogénéité grandissante : il est plus difficile d'atteindre une homogénéité dans une assemblée de 500 membres que dans une assemblée de 40.

Si la règle en vigueur n'est plus celle de l'unanimité mais celle de la majorité (qualifiée ou non), la question primordiale sera celle de l'hétérogénéité des individus de façon à éviter qu'un sous-groupe ne puisse accaparer l'ensemble du pouvoir. Si l'hétérogénéité est couplée à la multiplication des détenteurs du pouvoir étatique, le risque de cartellisation du pouvoir sera lui aussi réduit.

Dans le « modèle » que nous venons de présenter, la séparation des pouvoirs se résume à la multiplication et à l'hétérogénéité des détenteurs du pouvoir, à la *division* du pouvoir. Nous ne

retrouvons donc pas encore la logique de la « séparation » entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Nous retrouvons simplement la division interne du pouvoir au sein de chacune de ces branches.

Pour que cette tripartition soit logique du point de vue économique, celle-ci doit avoir des bénéfices en termes d'efficacité. L'argument est celui de la division du travail et de la spécialisation de chacun des organes dans une branche (tâche) spécifique. Si le passage d'un système dans lequel il n'existe qu'un seul organe central disposant de l'ensemble du pouvoir, à un système dans lequel il existe une « spécialisation » conduit à diminuer le coût de fonctionnement de l'Etat¹⁶³⁹, cette spécialisation tendra à se produire et sera efficace, toutes choses égales par ailleurs. Nous retrouvons l'image de la manufacture d'épingles d'Adam Smith dans laquelle la spécialisation des tâches avait conduit à une augmentation fulgurante de la productivité. Comme le travail de juge est bien différent du travail de ministre ou de parlementaire, la spécialisation dans une de ces tâches conduit en principe à une meilleure « productivité » (en termes qualitatifs ou quantitatifs).

Rien, économiquement, n'impose cette tripartition, des pouvoirs peuvent être ajoutés ou enlevés, en fonction du gain net en termes de spécialisation du pouvoir. La division du pouvoir au sein d'un Etat fédéral permet, par exemple, de rajouter un étage à la séparation des pouvoirs. Cooter peut alors affirmer, en reliant l'économie industrielle et la séparation des pouvoirs, que « *dividing government into four branches provides the maximum protection against political conspiracies obtainable by constitutional separation of powers, and each decrease below four makes conspiracy more manageable* »¹⁶⁴⁰. Si nous reprenons la structuration coasienne, la qualification de pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire correspond à une réunitarisation d'un ensemble de pouvoirs. *La structuration sert juste une meilleure compréhension mais ne traduit pas « la véritable » spécialisation* (elle est déjà un modèle).

Madison évoquait les contrôles internes et les contrôles externes afin de contraindre les autorités à ne pas mettre en œuvre leurs seules préférences. De même que l'homme est contraint par les normes sociales (contrainte interne) et par la structure dans laquelle il se situe (contrainte externe), chaque pouvoir étatique peut être contraint de façon interne (par la division du pouvoir à l'intérieur de celui-ci) et de façon externe (par la structure dans laquelle il s'insère). S'il est possible que le contrôle interne soit défaillant, il faut lui ajouter un contrôle externe. Ce contrôle pourra, lui aussi, être défaillant mais l'association du contrôle interne et du contrôle externe devrait pousser les organes étatiques – et les individus qui les composent – à se comporter d'une façon différente et à « modérer » leurs positions.

¹⁶³⁹ en raison de l'amélioration de la qualité du travail ou de la plus grande rapidité dans l'exécution des tâches.

¹⁶⁴⁰ Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, op cit, p 213

Si les pouvoirs étatiques sont effectivement séparés (au sens de la conjugaison de l'indépendance organique et de la spécialisation fonctionnelle pour reprendre l'idéal type souvent mentionné en la matière¹⁶⁴¹), le contrôle externe n'existera pas et tout le système reposera sur la division interne à l'intérieur de chaque pouvoir. Un tel système ne poserait pas de difficultés si l'efficacité ne requirait pas des relations entre les pouvoirs (puisque si des relations sont nécessaires, il est possible qu'un pouvoir domine l'autre), si le travail d'un pouvoir ne pouvait pas être altéré par le travail d'un autre pouvoir (hypothèse théorique mais qui conduit à une tautologie puisque justement le contrôle externe est alors impossible), ou si le mécanisme de division interne du pouvoir était infaillible¹⁶⁴². Afin que la division interne du pouvoir soit infaillible, il faudrait, en principe que la règle de l'unanimité remplace celle de la majorité. L'absence de cette règle peut être remplacée, dans une certaine mesure, par un dispositif de division « horizontale » du pouvoir (le pouvoir exécutif a une influence dans la sphère du législatif et au sein du législatif, le bicamérisme, impose une négociation entre les différentes chambres).

Cette situation est rarement présente car l'hétérogénéité « suffisante » ne peut être garantie¹⁶⁴³ ; le travail d'un pouvoir a une influence sur le travail des autres pouvoirs. De plus, la règle qui prime est la majorité et non l'unanimité. Le contrôle externe du pouvoir doit reposer sur une certaine « coopération » entre les pouvoirs, c'est-à-dire sur la possibilité d'action d'un pouvoir sur l'autre susceptible d'inciter chacun des pouvoirs à modifier la position qu'il aurait prise sans cela.

Supposons que pour qu'une législation puisse passer, il faille que les deux chambres du Parlement se mettent d'accord et qu'il existe un mécanisme de veto de la part de l'exécutif (soit en amont, soit en aval). Il aurait aussi été possible d'ajouter le rôle du Conseil constitutionnel ; pour cela, il suffirait d'affiner un peu la logique que nous allons présenter. Le négliger ne remet donc pas en cause l'analyse.

En reprenant le même type de schéma que précédemment, nous obtenons la configuration suivante :

¹⁶⁴¹ Mais qui ne tient pas compte des critiques adressées par Raymond Carré de Malberg et Charles Eisenmann.

¹⁶⁴² En d'autres termes, il faudrait que chacun des pouvoirs soit parfaitement autonome.

¹⁶⁴³ Et ce d'autant plus qu'il existe le phénomène des partis politiques et de la discipline de vote. Dans une telle situation, le jeu au sein d'un des pouvoirs se résume à un jeu à 4 ou 5 joueurs. Comme le précise d'ailleurs Cooter (Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, op cit, p 213), « *The effective separation of powers depends on law (the constitution) and politics (parties)* »

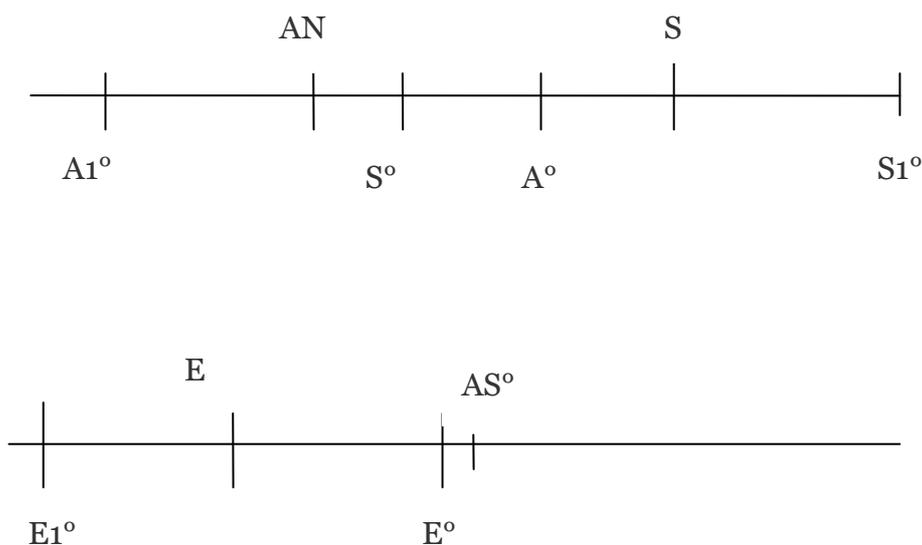


Schéma 1 : *Négociation entre l'Assemblée nationale (AN), le Sénat (S) et l'exécutif*

Dans le premier schéma, nous disposons de la négociation entre l'Assemblée nationale et le Sénat. Le point préféré par l'Assemblée nationale est le point AN mais elle est prête à accepter une négociation tant qu'elle se situe à l'intérieur de l'intervalle $[A1^\circ, A^\circ]$. Le point préféré par le Sénat est le point S et il sera d'accord pour accepter toute proposition inscrite dans l'intervalle $[S^\circ, S1^\circ]$. Nous supposons dans un premier temps qu'un accord entre les deux chambres est nécessaire pour faire passer une loi. Nous négligerons la possibilité qu'une assemblée puisse avoir le dernier mot. Dans ce type de situation, le point préféré par le couple Assemblée nationale/Sénat est le point AS° (soit le point permettant le partage du surplus tiré de la négociation qui ne peut intervenir qu'entre les point S° et A°). Ce point serait donc celui retenu par l'Assemblée Nationale et le Sénat sans possibilité pour l'exécutif d'intervenir.

Or d'après le second schéma, le point AS se trouve en dehors de la zone de négociation possible avec l'exécutif (en supposant que celui-ci dispose d'un droit de veto que les assemblées ne peuvent pas outrepasser). L'Assemblée nationale et le Sénat n'ont donc aucun intérêt à sélectionner ce point puisqu'ils seront alors soumis au veto de l'exécutif. Il existe cependant un intervalle au sein duquel une décision pourra être prise, l'intervalle $[S^\circ, E^\circ]$. Dans une telle configuration, l'Assemblée nationale et le Sénat sélectionneront une règle de cet intervalle et non le point AS° . La division du pouvoir aura donc eu pour effet de modérer les positions des différentes institutions qui toutes n'auront pu imposer leur point préféré. Ajouter le Conseil constitutionnel peut modifier la donne lorsque l'accord entre le législatif et l'exécutif ne rentre pas dans l'intervalle de « négociation » du Conseil constitutionnel. Nous développerons dans la

prochaine sous-partie une analyse coûts-bénéfices de la séparation des pouvoirs qui nous permettra de mieux saisir l'impact de cette règle « procédurale » sur les décisions politiques.

Il aurait fallu intégrer les dimensions stratégiques et tenir compte ainsi des menaces, de l'ordre du jeu, mais aussi des asymétries d'informations afin que cette représentation soit plus réaliste. Ces éléments, s'ils permettent une meilleure compréhension des conséquences de la séparation des pouvoirs, ne sont que des moyens d'« affiner » l'analyse sans trop la modifier. Par ailleurs, il faudrait alors tenir compte des métaméta-normes susceptibles de limiter les comportements stratégiques ou l'opportunisme des individus, ce qui dépasse le cadre de notre thèse.

Notons qu'en aucun cas nous n'avons mentionné la question de l'optimalité de la règle qui résulterait d'une telle situation. L'idée est de supposer que, s'il existe une « unanimité » entre les différentes institutions et que ces institutions ont des intérêts suffisamment distincts, la règle retenue devrait se rapprocher de la règle optimale (s'il en existe une). Par ailleurs, comme nous le verrons, la séparation des pouvoirs permet de dépasser, en partie, le problème de la rationalité limitée des acteurs.

Le concept économique de la séparation des pouvoirs vise à éviter la monopolisation du pouvoir par un individu ou un groupe d'individus qui promouerait leurs seuls « intérêts » au détriment de « l'intérêt général ». Dans une telle situation, un gaspillage des ressources se produirait. La structure générale que prendra la séparation des pouvoirs dépendra économiquement d'une analyse coûts-bénéfices et non d'un plan « tracé ». La théorie économique se rapproche donc, tout en l'explicitant, de l'idée de Montesquieu selon laquelle le pouvoir doit arrêter le pouvoir et de l'idée de Madison d'un système de freins et contrepoids. Il s'agit moins d'une séparation du pouvoir que d'une *division* des pouvoirs.

b. le contenu de la séparation des pouvoirs sous l'angle économique, le dépassement de la logique juridique et le calcul coûts-bénéfices de la séparation des pouvoirs

L'approche économique de la séparation des pouvoirs ne permet pas de déterminer « une » « séparation » optimale universelle ; elle pointe vers l'adaptation aux circonstances et la nécessité d'un calcul coûts-bénéfices. *L'analyse économique cherchera à identifier les conséquences positives ou négatives des différentes modalités de division du pouvoir, et non à discriminer entre séparation et absence de séparation des*

pouvoirs. La concrétisation de la séparation des pouvoirs dépendra de nombreux paramètres que l'analyse économique aide à mettre en évidence¹⁶⁴⁴.

L'analyse économique se préoccupe de la dimension concrète de la séparation des pouvoirs, de son impact pratique et non théorique. Elle vise principalement la division du pouvoir d'action direct sur la détermination et la mise en œuvre de la norme¹⁶⁴⁵.

Diviser les pouvoirs, c'est augmenter les coûts de transaction et donc le coût de gestion d'un gouvernement (par rapport à une situation dans laquelle les coûts de transaction seraient proches de zéro). En effet, en divisant le pouvoir, nous imposons une négociation, et celle-ci est en principe plus coûteuse lorsque le nombre d'individus augmente.

Plus spécifiquement, toutes choses égales par ailleurs, *plus la division des pouvoirs est prononcée, plus la prise de décision prend du temps*¹⁶⁴⁶. Il est plus rapide (et donc moins coûteux) de s'accorder à 3 qu'à 400, quelle que soit la règle permettant la prise de décision¹⁶⁴⁷. Pareillement, la décision sera prise plus rapidement par un parlement unicaméral que par un parlement bicaméral, toutes choses égales par ailleurs.

Lorsque la prise de décision doit se faire rapidement, la séparation des pouvoirs aura tendance à s'estomper, car le coût marginal du respect de cette séparation des pouvoirs augmentera¹⁶⁴⁸. Cette possibilité est parfois envisagée par les méta-normes, pensons aux circonstances exceptionnelles de l'article 16 de la Constitution de 1958, au système des décrets lois de la III^e république, ou encore au mécanisme de délégalisation sous la IV^e république. De même, les régimes en guerre auront tendance à négliger la séparation des pouvoirs. Plus généralement, tous les mécanismes visant à « court circuiter » la procédure législative normale ont pour objet d'accélérer le processus de décision pour en limiter les coûts (pensons par exemple aux articles 38 et 49 alinéa 3 de la Constitution de 1958).

Comme les coûts de transaction augmentent avec le degré de division du pouvoir, *plus la division du pouvoir sera prononcée, moins la production législative sera abondante*, toutes choses égales par ailleurs (autrement dit, l'éventail des normes possibles est réduit). En effet, le bénéfice net retiré de l'adoption d'un texte est réduit par les coûts de transaction ; certaines normes qui auraient pu être

¹⁶⁴⁴ Nous ne présenterons que les éléments qui nous semblent les plus importants.

¹⁶⁴⁵ Notons que le respect des règles de séparation des pouvoirs dépend des sanctions qu'elles mettent en place. Ces règles peuvent être sous optimales et les déviations efficientes. L'analyse économique nous aide ici à mettre en évidence les arbitrages.

¹⁶⁴⁶ Le temps pris pour une négociation fait partie des coûts de transaction.

¹⁶⁴⁷ La règle de l'unanimité constitue le processus de séparation des pouvoirs par excellence.

¹⁶⁴⁸ Les déviations ne seront pas toujours perçues comme des remises en cause mais comme des nécessités.

votées antérieurement ne peuvent donc plus l'être. Des « blocages » peuvent ainsi apparaître et *plus la division des pouvoirs sera prononcée, plus le risque de blocage sera important*. L'échec de la Constitution de 1791 a souvent été attribué à une division « trop stricte » des pouvoirs.

Les constitutions envisagent parfois des moyens d'y remédier (le dernier mot de l'Assemblée nationale dans la procédure législative, la dissolution, l'engagement de la responsabilité ou encore référendum, etc.). Ceux-ci peuvent parfois altérer l'équilibre originel, lorsqu'ils donnent par exemple le dernier mot à une institution. La possibilité de leur utilisation vise aussi à résoudre dans l'œuf les éventuels blocages. Un gouvernement qui est responsable devant une chambre du parlement sera en principe plus modéré qu'un gouvernement qui ne l'est pas (comparons les gouvernements sous la IIIe et sous la Ve république). Une chambre qui ne peut pas être dissoute sera plus puissante qu'une chambre qui peut l'être (pensons à l'impact de la « Constitution Grévy » de 1879). Il ne faudrait donc pas envisager ces mécanismes comme des mécanismes de dernier ressort, ils sont pris en compte dès le début des négociations.

De même, *plus la division des pouvoirs est importante, plus la décision qui sera prise se rapprochera de celle qui aurait été prise à l'unanimité du groupe qu'elle entend régir*¹⁶⁴⁹. Réciproquement, moins la division des pouvoirs est prononcée, plus la décision pourra s'écarter de celle qui aurait été sélectionnée par l'unanimité du groupe qu'elle entend régir. D'une façon stylisée, nous pouvons considérer que les gains marginaux tirés du « rapprochement » de la règle optimale ont tendance à diminuer avec l'augmentation de la division des pouvoirs.

Idéalement, les normes optimales sont les normes Pareto optimales. Dans un groupe, les normes optimales sont donc celles qui pourraient être acceptées à l'unanimité. Les coûts de transaction rendant sous optimale une telle méthode de décision (ce point sera détaillé dans notre prochaine sous partie), la division des pouvoirs permet de « remédier », à moindre coût, à cette situation.

Parallèlement, *plus l'homogénéité du groupe sera importante, moins la division du pouvoir sera nécessaire*. Plus l'homogénéité du groupe est importante plus il sera délicat de diviser le pouvoir puisque les préférences des individus auront tendance à être semblables. La nécessité de la division du pouvoir dépend étroitement de l'hétérogénéité du groupe censé être régi par un tel système.

Enfin, *plus la division des pouvoirs est importante, plus le système sera conservateur*. En effet, la division des pouvoirs en augmentant les coûts de transaction renforce la position de statu quo. Le changement social sera donc nécessairement plus lent dans un tel système.

¹⁶⁴⁹ La division la plus absolue du pouvoir conduit justement à une prise de décision à l'unanimité.

A ces différents paramètres, il faudrait ajouter celui du gain marginal tiré de la spécialisation des autorités. Comme nous l'avons signalé, la spécialisation des autorités peut entraîner un gain en productivité. De même qu'une entreprise dans laquelle les ouvriers doivent accomplir une tâche du début à la fin est moins performante qu'une entreprise dans laquelle la division des tâches entre les ouvriers est pertinente, la gestion de l'Etat peut « gagner » à spécialiser de ses organes. Ce point est mentionné par Posner : « *the separation of powers may actually lower rather than raise the costs of government, by enabling a more complete exploitation of the division of labor [...] Likewise Congress might prove incompetent at executing policy if authorized to exercise executive powers, while the executive branch, if authorized to legislate, would lack the deliberative capacity to ear to the ground political sensitivity of Congress, and these are valuable resources in the making of legislation* »¹⁶⁵⁰. Une spécialisation à outrance peut, elle aussi, conduire à des pertes de productivité. Formellement, la courbe représentant le niveau de productivité par rapport à la spécialisation des tâches devrait avoir la forme d'une courbe en cloche ; le problème reste d'identifier un « juste » milieu.

Une division optimale du pouvoir permettrait également de remédier à la rationalité limitée des acteurs. En effet, la négociation qu'elle impose pousse les différents acteurs à argumenter et donc à fournir de nouvelles informations et de nouveaux points de vue à leurs partenaires (encore faut-il que l'échange se fasse dans une situation idéale et que la rationalité des acteurs ne soit pas parfaite). Idéalement la division du pouvoir favorise une rationalité du groupe qui dépasse les rationalités individuelles et conduit donc à améliorer le processus de décision. Comme l'explique Sunstein, dans un contexte légèrement différent, « *Since dissent is principally valuable as a way of improving decisions, two issues are obviously pertinent : the cost of making decisions and the cost of errors* »¹⁶⁵¹. Autrement dit, il s'agit d'arbitrer entre la diminution de la division du pouvoir qui permet de prendre des décisions moins coûteuses mais dont le risque d'erreur est plus important et l'augmentation de la division des pouvoirs qui conduit à des décisions plus coûteuses mais (normalement) moins erronées.

Nous retrouvons aussi la logique de la rationalité communicationnelle de Habermas qui vise la construction d'un consensus par un processus de délibération et d'intersubjectivité. Cette rationalité se fonde évidemment sur la limitation de la rationalité individuelle. Cette dimension est surtout présente à l'intérieur de la ou des chambres constitutives du pouvoir législatif mais touche aussi l'ensemble du système de prise de décision lorsque la division du pouvoir est à l'œuvre

¹⁶⁵⁰ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 653

¹⁶⁵¹ Cass Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, 2003, Harvard University Press, Cambridge, 246 pages, p 89. L'ouvrage présente certains phénomènes comme les cascades ou la polarisation des groupes que nous ne pouvons présenter ici. Certains points seront mentionnés lorsque nous analyserons la « fabrique » du droit par les juges.

(pensons aux échanges officiels et officieux entre les membres du parlement et les membres du gouvernement).

Economiquement la séparation des pouvoirs vise la recherche d'une division optimale du pouvoir. La question est celle de l'arbitrage entre les coûts marginaux et les bénéfices marginaux de cette division. *L'approche économique permet une vision systématique et une rationalisation de la séparation des pouvoirs en tant que méta-norme de coordination.* Il s'agit d'une méthode procédurale visant à inciter les autorités à sélectionner une norme de coordination qui ne s'écarte pas trop (statistiquement) de la norme optimale¹⁶⁵². L'analyse économique permet aussi de dépasser la logique juridique traditionnelle en proposant une approche systématique du concept et en mettant davantage en évidence les raisons et les conséquences de la « séparation des pouvoirs ».

2. Explicitation des différentes règles de vote et d'élection : refonder de la démocratie

Dans les régimes occidentaux, le « principe de démocratie » constitue une métaméta-norme de coordination : toute Constitution est supposée « devoir » se conformer à ce principe de démocratie. Les politiques mises en place « doivent » être au service des individus du groupe et non des dirigeants. La procédure suivie pour déterminer les normes de coordination du groupe compte tout autant que le contenu de ces normes de coordination. L'incertitude relative à la norme optimale (liée à la rationalité limitée) oblige à déterminer une procédure susceptible de faire émerger celle-ci ou à même de garantir contre la potentialité du « détournement » du pouvoir. Le principe de division du pouvoir (au sens étroit) constitue une des techniques permettant de réaliser cet objectif. La division du pouvoir, économiquement, oblige à s'interroger aux règles de l'élection (a) et du vote (b) et donc aux fondements de la démocratie. En effet, *en déterminant les autorités et le mode de prise de décision, ces normes influencent la substance des normes qui seront adoptées et limitent les possibilités de « détournement » de pouvoir.* Si tel n'était pas le cas, la démocratie ne serait qu'une illusion.

¹⁶⁵² Notons que la norme optimale est définie ici dans un contexte démocratique dans lequel elle revient à sélectionner une norme acceptable à l'unanimité par les membres du groupe (les modèles ont d'ailleurs été développés dans le cadre des démocraties occidentales). Il est possible de dépasser le cadre démocratique en ne nous intéressant qu'à « l'unanimité » d'un sous-groupe de la population. La détermination des individus dont les préférences sont pertinentes pour la décision collective ne relève cependant plus de la « pure » logique économique. Notons que le problème de la séparation des pouvoirs ne se pose avec plus d'intensité dès lors que le groupe dont la gestion nous intéresse délègue la capacité à déterminer les normes de coordination et à les mettre en œuvre à un sous-groupe censé agir dans l'intérêt du groupe (nous retrouvons donc logiquement le problème économique de l'agence).

L'analyse économique appliquée aux constitutions s'est intéressée aux démocraties représentatives et a tenté de refonder certains de ses principes à partir d'hypothèses explicites. Elle conduit à une refondation presque « totale » de la logique de la démocratie et de son fonctionnement à partir « d'axiomes de base ». Elle s'intéresse aussi à l'efficacité de la démocratie représentative et à ses « problèmes ». Notre approche ne pourra pas prétendre, ici encore, à l'exhaustivité eu regard à la très vaste littérature sur le sujet.

Signalons le problème fondamental de l'articulation entre la rationalité « procédurale » et la rationalité « paramétrique ». Si une norme issue d'une procédure censée permettre de tendre vers l'optimalité dans la prise de décision se révèle « défaillante », peut-on considérer que la norme est « sous optimale » ou « non rationnelle » ? Le problème serait simple si la réponse à cette question dépendait simplement de la structure prise en compte par l'analyse. Si nous cherchons une solution « unitaire », le problème est beaucoup plus complexe. Une norme qui semble optimale à l'analyse (nécessairement incomplète¹⁶⁵³) mais qui s'avérerait impossible à mettre en œuvre (en raison de la rationalité des dirigeants¹⁶⁵⁴) peut-elle servir à critiquer une norme qui a passé la procédure ? Quel serait alors l'effet de la révision de cette norme pour le fonctionnement du système juridique ? La révision de la norme devra-t-elle passer par la même procédure que celle de l'adoption de cette norme ? Dans notre vocabulaire, l'accord sur une méta-norme de coordination se suffit-elle pas à valider la norme de coordination ou doit-on supposer qu'il existe une métaméta-norme de coordination permettant de « déroger » à une méta-norme de coordination ?

a. Les règles d'élection des dirigeants et l'idée de démocratie

Dans une démocratie représentative idéale, il faudrait pouvoir prouver que les préférences individuelles du groupe ont un écho sur la détermination des politiques mises en œuvre, ou au moins déterminer les conditions favorisant un tel écho. Si tel n'était pas le cas, il semblerait peu probable que des individus rationnels consentiraient à un régime de ce type et ce régime risquerait donc d'être considéré comme « illégitime ».

Afin de disposer d'une vue globale, il faudrait aussi s'intéresser à la mise en œuvre des règles de coordination par les autres « maillons » du système étatique (notamment par l'administration ou les juges). De même, il faudrait tenir compte de l'impact des groupes de pression et de l'ensemble

¹⁶⁵³ Car, comme nous pourrions le constater, toute analyse se fonde sur des hypothèses qui incorporent des « jugements de valeurs ».

¹⁶⁵⁴ Si tous les dirigeants sont rationnels au sens strict, une telle norme pourra toujours être mise en œuvre. Dès lors que des comportements stratégiques et des asymétries d'informations existent, les problèmes peuvent ressurgir.

des normes de coordination visant à limiter l'effet « néfaste » de certains comportements. Notre présentation sera ici beaucoup plus modeste puisque nous ne nous intéresserons qu'à l'écho des préférences individuelles au niveau de la détermination des dirigeants, c'est-à-dire à la signification et au rôle de l'élection, en utilisant un modèle simple¹⁶⁵⁵ mais pertinent.

La démocratie représentative vise à obtenir des décisions proches de celles qui seraient prises dans une démocratie directe tout en réduisant ses coûts de gestion. Se pose alors la question de savoir comment déterminer le sous-groupe des dirigeants afin de préserver l'idée de la démocratie. Le tirage au sort, la nomination, la cooptation ou l'élection sont des modalités permettant cette détermination et, dans l'idéal de démocratie, il faudrait choisir la ou les modalité(s) susceptible(s) de faire en sorte que les préférences des membres du groupe soient le mieux possible retranscrites au niveau des prises de décisions des dirigeants du groupe. L'élection apparaît comme la modalité la mieux à même de traduire l'idéal démocratique lorsque certaines conditions sont remplies.

Plus le principe de démocratie sera appliqué, plus la division des pouvoirs sera forte, autrement dit, l'analyse coûts-bénéfices impose un arbitrage entre plus de démocratie et moins de démocratie en fonction des coûts et des bénéfices marginaux. Par exemple, en raison des « théorèmes » présentés précédemment, plus le principe de démocratie est appliqué, plus la prise de décision sera lente. La démocratie parfaite est donc idéale en raison de ses coûts et tout système devra rechercher une forme « modérée » de démocratie s'il souhaite tendre vers l'efficacité. Bien évidemment, toute forme modérée de démocratie entraîne un certain nombre d'effets pervers et de coûts. Il s'agira donc de déterminer la forme de démocratie « optimale » au regard d'un contexte et d'une culture donnée. L'homogénéité de la population, la proportion d'individus ayant des préférences altruistes, les normes sociales, pour ne citer que quelques paramètres, auront une importance déterminante dans la sélection du modèle « optimal ».

Afin que le système de l'élection permette de traduire l'idéal démocratique, quatre grands principes doivent être respectés : il faut qu'il existe (1) une concurrence entre les candidats ou

¹⁶⁵⁵ Nous utiliserons ici le modèle de Hotelling-Downs aussi appelé le modèle de Downs-Black. Les noms proviennent des contributions de Hotelling (Harold Hotelling, *Stability in Competition*, op cit) ; Black (Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*, 1958, Cambridge University Press, Cambridge, 242 pages) et Downs (Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, op cit). Dans ce modèle, une seule dimension est prise en compte. Un électeur vote sur un continuum (qui va normalement de l'extrême gauche à l'extrême droite) et il est supposé avoir un point préféré sur ce continuum. Plus un candidat s'éloigne de ce point préféré, moins l'électeur souhaite que ce candidat remporte les élections. On suppose par ailleurs qu'il existe une symétrie (si deux candidats se trouvent à la même distance du point préféré, l'électeur sera indifférent entre voter pour l'un et voter pour l'autre). Enfin on suppose en principe qu'il n'existe que deux candidats (ce qui permet de simplifier l'argument) et que les candidats choisissent leur « politique » afin de gagner l'élection qui se déroule au scrutin majoritaire. Il est possible de relaxer les hypothèses de ce modèle afin de développer des modèles plus réalistes mais ce modèle permet de saisir assez « bien » la logique des élections.

entre les partis, (2) que le candidat ou le parti désigné suive la politique pour laquelle il a été élu, (3) que le candidat ou le parti puisse avoir un impact sur la prise de décision, et (4) que les votes traduisent les préférences individuelles des électeurs. Si ces quatre conditions sont réunies, il est possible de démontrer (dans un modèle théorique) que le système du vote conduit à une sensibilité des politiques menées aux changements des préférences individuelles, sensibilité qui n'est pas artificielle et qui produit des normes de coordination se rapprochant « idéalement » de la position qui aurait été retenue par l'ensemble des membres du groupe sous l'empire des mêmes règles de vote. Si ces effets (même si le dernier est plus idéal que réel) n'existent pas, le système ne peut pas être considéré comme démocratique.

1. *Sans concurrence entre des candidats, une élection ne permet pas de traduire la sensibilité des électeurs aux différentes politiques.* Le point est trivial. S'il n'existe qu'un seul candidat ou qu'un seul parti, ce candidat ou ce parti se fera « élire » sans pour autant que le choix permette de traduire les préférences du groupe qu'il entend « régir » (pensons aux systèmes communistes). En effet, dans un tel cas, il suffira au candidat ou au parti de sélectionner le point qu'il préfère sur le continuum gauche/droite. Sans concurrence, le risque serait celui d'une monopolisation du pouvoir¹⁶⁵⁶.

S'il existe une concurrence entre deux entités (candidats ou partis) et que celles-ci souhaitent simplement accéder au pouvoir¹⁶⁵⁷, elles chercheront à formuler une politique susceptible d'obtenir l'adhésion maximale et la sensibilité du programme aux préférences des électeurs réapparaîtra. L'opportunisme supposé des dirigeants devra ensuite être régulé afin que leurs politiques correspondent à leur programme (*infra*).

Afin qu'il existe une réelle concurrence, les candidats doivent pouvoir, s'ils le souhaitent, adopter n'importe quelle position sur le continuum. Il est également nécessaire qu'il existe une libre entrée sur le marché des « candidats ». S'il existe deux partis autorisés et que tous les deux représentent la même « tendance » politique, il existera une sensibilité au vote des électeurs mais cette sensibilité connaîtra des seuils au-delà desquels elle ne se retrouvera plus. Si par exemple, il existe deux partis de droite et qu'une large part des électeurs est à gauche, que l'électeur soit à la gauche modérée ou à l'extrême gauche ne changera pas la donne puisque, par hypothèse, au-delà d'un certain point son vote ne pourra pas altérer la politique.

¹⁶⁵⁶ Ce point a déjà été souligné par Aron (Raymond Aron, *Démocratie et Totalitarisme*, 1987, Gallimard, Paris, 370 pages).

¹⁶⁵⁷ Cette hypothèse est formulée par Downs de la façon suivante : « *parties formulate policies in order to win elections, rather than win elections in order to formulate policies* » (Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, op cit, p 28). Une telle hypothèse suppose que les candidats connaissent les préférences des électeurs.

Si ces conditions sont remplies, le programme du candidat sera sensible (même imparfaitement) aux préférences des électeurs. Ce résultat provient de la conjonction de deux théorèmes.

Le premier correspond au théorème l'électeur médian. *Ce théorème précise que si les conditions précédentes sont remplies, le candidat ou le parti qui proposera la politique préférée par l'électeur médian gagnera toujours l'élection* (rappelons que dans le modèle il n'existe que deux candidats ou partis). Il existera donc une tendance pour les candidats ou les partis à proposer une politique proche de celle préférée par l'électeur médian. L'électeur médian est celui qui est capable de faire gagner l'élection : si nous avons 9 électeurs répartis sur le continuum gauche/droite (l'électeur 1 étant supposé plus à gauche que l'électeur 2, etc...), l'électeur médian sera celui à la position 5 (il y aura 4 électeurs plus à droite et 4 électeurs plus à gauche). Ce théorème conduit à considérer que si le continuum est peuplé de façon uniforme, la politique qui sera retenue sera une politique du « centre »¹⁶⁵⁸. Il peut ainsi expliquer pourquoi le programme d'un candidat pour être nommé par son parti comme candidat officiel (si cette nomination se fait par une élection) et le programme du candidat officiel divergent. Pour être élu par le parti, il faudra adopter la position de l'électeur médian au sein du parti alors qu'une fois nommé, il faudra proposer une politique « plus nuancée » pour espérer gagner les élections¹⁶⁵⁹.

Le second théorème est lui aussi trivial et précise que *la sensibilité aux changements des préférences des électeurs n'est qu'imparfaite*. En effet, tant que l'électeur médian ne change pas ses positions ou n'est pas remplacé par un autre électeur médian, la politique qui sera déterminée par un candidat ou un parti sera identique. Le changement des préférences d'un électeur quelconque pourra, au mieux, entraîner une modification de la politique proposée dans le sens du changement de ses préférences. Ce résultat est dû à la règle de la majorité qui ne peut permettre de tenir compte parfaitement de la diversité des sensibilités des électeurs¹⁶⁶⁰.

Ce modèle est très simple mais permet de saisir quelques points importants du mécanisme de l'élection. Relaxer des hypothèses, notamment de la symétrie dans les préférences, de la possibilité de s'abstenir ou encore de l'absence d'une unidimensionnalité dans le choix de l'électeur, conduit potentiellement à des problèmes de cyclicité (*infra*), d'imprévisibilité et d'instabilité. Ainsi, « *the*

¹⁶⁵⁸ Relativement aux préférences de la population. Le continuum est unitarisé pour tenir compte des préférences de la population. Le « centre » aux Etats-Unis est plus à droite que le « centre » en France.

¹⁶⁵⁹ De nombreuses études ont été réalisées aux Etats-Unis sur le sujet. Par exemple, James Coleman, *Internal Processes Governing Party Positions in Elections*, 1971, *Public Choice*, vol 11, pp 35-60

¹⁶⁶⁰ Le changement des préférences d'un électeur quelconque n'entraînera pas nécessairement une modification de la politique proposée. Si un individu extrême devient encore plus extrême dans ses choix, la modification de ses préférences n'impactera pas la politique proposée car elle ne modifiera pas le rapport de force autour de l'électeur médian.

single peakedness condition does not ensure the existence of an equilibrium when we move to more than one dimension »¹⁶⁶¹.

S'il existe plus d'un poste à pourvoir et plus de deux partis, l'analyse se complique un peu. Idéalement, si le scrutin est proportionnel, s'il existe suffisamment de postes à pourvoir et si les électeurs n'adoptent pas des attitudes stratégiques, le résultat de l'élection sera plus sensible aux changements dans les préférences des électeurs et plus représentatif de leurs préférences. Supposons qu'un groupe soit composé de 5 sous-groupes dont les membres ont des préférences homogènes, 5 représentants seront suffisants et ce, quelle que soit la taille des sous-groupes (même si le problème de la tyrannie de la majorité peut alors survenir), si nous pouvons ensuite faire en sorte qu'il existe une pondération dans les « voix » de ces 5 représentants. Si le groupe est hétérogène et qu'il n'existe pas de limites à la représentation proportionnelle, chaque individu risque de se présenter ce qui conduirait à la disparition de la démocratie représentative. S'il existe des limites « suffisantes », les partis n'émergeront que s'ils peuvent être élus, autrement dit que si le nombre d'individus qu'ils peuvent « fédérer » est important (en supposant qu'il existe un certain coût pour les partis qui ne peut se compenser qu'avec une représentation au niveau étatique ou local, ce qui est en pratique le cas).

Ces remarques permettent de glisser sur un « corollaire » : *la diversité des partis dépend étroitement des règles de votation*. Trivialement, si la règle est celle de la proportionnelle, on peut s'attendre à ce qu'il existe plus de partis que si la règle est celle de la majorité. De même, si le scrutin est majoritaire à deux tours, il y aura plus de partis que si le scrutin est majoritaire à un seul tour. Cette dernière situation conduit à l'émergence de deux grands partis selon les analyses de Maurice Duverger¹⁶⁶². La sensibilité des programmes aux changements de préférences dépend donc de ces règles.

De tels résultats sont déjà largement connus des juristes mais l'application systématique d'une méthode d'analyse tend à les rendre plus « scientifiques » et à « unifier » les connaissances en la matière. Tous ces résultats résultent de l'idée de rationalité des acteurs.

2. Si les acteurs sont rationnels, une fois un candidat (ou parti) élu, ce candidat (ou parti) n'a pas intérêt, sans contrainte, à suivre le programme politique pour lequel il a été élu et devrait adopter le programme politique pour

¹⁶⁶¹ Denis Mueller, *Public Choice III*, op cit, p 233.

¹⁶⁶² Cette référence à Duverger a été popularisée dans le monde anglophone par William Ricker, *The Two-Party System and Duverger's Law: An Essay on the History of Political Science*, 1982, *American Political Science Review*, vol 76, pp 753-766. Nous retrouvons chez Maurice Duverger les différents points que nous venons de mentionner. Voir Maurice Duverger, *Les Partis Politiques*, 1954, Armand Colin, Paris, 476 pages, spécialement pp 247 et 269.

lequel il a une préférence. Nous ne tiendrons pas compte ici de l'influence des normes sociales et nous limiterons les possibilités de « révolution ».

Il convient donc d'inciter le candidat élu à exécuter le programme pour lequel il a été choisi. La durée du mandat a une importance capitale. En effet, elle définit la périodicité à laquelle l'élu devra se représenter devant les électeurs et l'écart entre la politique menée et la politique annoncée sera pris en compte par des électeurs rationnels. Si l'écart est trop important, l'annonce de la politique de l'électeur médian ne suffira plus à assurer la victoire de l'élu. Pour cela, il est nécessaire que les électeurs aient de la mémoire et tiennent compte du passé (ce qu'ils ne font que rarement à en croire le général De Gaulle). *Moins l'électeur tient compte du passé, plus l'élu aura intérêt à s'écarter de la politique annoncée dans son programme.*

L'élu aura, comme tout individu rationnel, ses préférences. Il ne les mettra en œuvre que si le coût marginal de cette mise en œuvre (la diminution du nombre de ses électeurs) est inférieur au gain marginal de cette dernière (satisfaction des préférences individuelles). Moins une déviation du programme sera sanctionnée, plus l'élu aura intérêt à effectuer cette déviation vers la politique représentée par son point préféré. Un mécanisme comme le « recall des gouverneurs » dans certains Etats des Etats-Unis vise à s'assurer que l'élu veille à bien respecter la politique pour laquelle il a été élu, ou à bien en justifier les déviations.

Il serait aussi possible d'ajouter la problématique de la corruption, problématique d'autant plus importante que le nombre de décideurs est restreint. En effet, plus le nombre de décideurs est restreint plus la force du vote de chaque décideur est déterminante et donc plus l'intérêt à corrompre est présent (même si le coût de la corruption est alors plus élevé). Ceci peut expliquer à la fois la présence d'une norme sociale et d'une norme juridique en la matière dans la mesure où la corruption est à même de fausser le jeu de la méta-norme de coordination.

3. Idéalement, il faudrait que le candidat ou le parti élu ait un impact sur la prise de décision. Ce problème ne se pose pas lorsque l'élu est le seul décideur ou si le vote se fait à l'unanimité. S'il existe plusieurs décideurs et que le vote se fait à la majorité, la sensibilité des préférences des électeurs ne sera pas nécessairement retranscrite au niveau des politiques mises en œuvre. Sous l'empire d'une telle règle, le « point » fondamental est celui de l'électeur (qui, ici, est un élu) médian. *Tant que cet électeur médian ne change pas, la politique ne changera pas* (dans un modèle dans lequel la politique n'est pas perçue comme la mise en œuvre d'une rationalité communicationnelle). Ce phénomène revient au problème de la tyrannie de la majorité. S'il existe

une majorité puissante, le changement des préférences des électeurs d'une circonscription donnée n'aura pas nécessairement des effets sur les politiques concrètes qui seront mises en œuvre.

4. Enfin et surtout, *afin que le principe de démocratie soit respecté, il est nécessaire que les votes représentent « réellement » les préférences des électeurs et qu'il existe une « fidélité » entre les préférences des électeurs et les préférences des élus.* Une telle condition suppose un certain nombre de sous-conditions sur lesquelles nous ne ferons que des commentaires succincts.

Il faut tout d'abord que les électeurs soient rationnels et votent selon leurs préférences, sans considérations stratégiques. Si un électeur ne vote pas pour la politique qui maximise son utilité, les élus ne pourront pas représenter, de façon adéquate, les électeurs. Néanmoins il est certain que des considérations stratégiques peuvent entrer en ligne de compte, notamment lorsque le scrutin est un scrutin à deux tours. L'idée de « vote utile » traduit parfaitement le comportement stratégique. Un électeur ne va donner sa voix qu'au candidat ou au parti dont l'influence sera véritable même s'il est éloigné de ses préférences personnelles. Si ce comportement stratégique était utilisé par la majorité des citoyens, même si le scrutin était majoritaire à deux tours, la tendance serait à la bipolarisation.

Il faudrait ensuite que le découpage électoral ne soit pas biaisé en faveur d'une tranche de la population. Ce biais pourrait néanmoins retrouver une logique s'il permettait de mieux retranscrire les préférences des électeurs. Par exemple, si chaque partie du territoire vote pour un représentant issu d'un des deux partis (pour simplifier) et qu'au niveau de la population globale, chaque parti représente 50% ; en supposant qu'une partie du territoire vote à 100% pour un parti et que les autres parties du territoire soient plus homogènes tout en favorisant l'autre parti, la représentation sera biaisée en faveur du second parti. Le découpage électoral est donc fondamental puisqu'il permet, si les deux partis ont un électorat de taille relativement similaire, de privilégier l'un des deux partis. Les méta-normes de coordination en matière de découpage électoral sont donc déterminantes.

Pareillement, les règles visant à déterminer le corps électoral sont, elles aussi, fondamentales. Elles permettent à la fois de déterminer les personnes jugées assez rationnelles pour pouvoir voter, mais aussi les préférences des individus que la représentation cherche à « mimer ». Ce choix n'est plus un choix économique mais il est susceptible d'influer sur la politique économique. L'importance de ces paramètres conduit à penser que les règles déterminant la composition du corps électoral doivent, afin de conserver l'idée d'une légitimité, ne pas trop varier.

Si nous souhaitons représenter les préférences d'un groupe, il est également nécessaire que chaque membre du groupe dispose de la même « puissance » dans la détermination du candidat à élire (le vote doit être égal, et la règle devrait être celle d'une voix par électeur du groupe dont nous souhaitons pouvoir représenter les préférences). Si tel n'est pas le cas, les préférences du groupe seront une nouvelle fois biaisées et le principe de démocratie ne sera pas respecté.

Non seulement chaque membre du groupe doit disposer de la même « puissance » mais il faut aussi que chacun d'eux exerce cette puissance. Nous retrouvons alors les problèmes de mobilisation et d'abstention. Le sous-groupe le mieux organisé verra, toutes choses égales par ailleurs, sa « puissance » augmenter et réciproquement. L'électeur, étant rationnel, effectue un calcul coûts-bénéfices pour déterminer s'il doit, ou non, aller voter. Autrement dit, si le vote s'effectue à la proportionnelle et qu'il n'existe pas de considérations stratégiques, relativement, les petits partis tendront à disposer d'un électorat mieux mobilisé. En effet, la voix de l'électeur a plus de chance d'être déterminante si le parti représente 5% des voix que s'il en rassemble 30%. Théoriquement, en l'absence de normes sociales ou de normes juridiques poussant les individus à aller voter, la bipolarisation conduit à une abstention beaucoup plus importante.

Le « gain » au niveau du principe de démocratie a un coût. Un arbitrage doit donc être réalisé entre le gain marginal en démocratie et le coût marginal de ce gain. Afin d'avoir une image complète du respect du principe de démocratie (et donc de la métaméta-norme), nous devons nous intéresser au système de vote et à l'agrégation des préférences individuelles lors d'un vote. La séparation entre la thématique de l'élection et du vote ne conduit pas à modifier les outils d'analyse mais permet une vision plus « pédagogique ». Par commodité, nous supposerons par la suite que les votants sont les élus et que les élus représentent correctement la diversité des préférences du groupe dont ils déterminent les normes de coordination.

b. la question de l'agrégation des préférences individuelles et les règles de vote

Comme pour le système de l'élection, l'analyse économique permet de présenter les difficultés, mais aussi l'intérêt du système de vote. Le vote vise à « permettre » de passer des préférences individuelles aux préférences sociales (ou collectives). L'analyse économique de ce passage met en évidence certaines imperfections et oblige à s'interroger sur des normes susceptibles de « rétablir » la situation.

Au sein d'une démocratie, *la règle devrait être celle de l'unanimité dans la mesure où elle assure la Pareto supériorité du changement.* Une telle règle paralyserait le système en raison des coûts de transaction.

Economiquement, le problème est de rechercher la règle de décision « optimale », le choix ne se situant pas simplement entre « unanimité » et « majorité absolue ». En effet, si l'unanimité s'avère trop coûteuse, la règle de la majorité absolue, si elle a l'avantage de permettre une décision¹⁶⁶³, pourra être sous optimale. Buchanan et Tullock, dans un modèle simplifié, ont ainsi montré qu'économiquement, le problème est celui de la minimisation des coûts de la décision. Les auteurs considèrent même que le niveau « optimal » de majorité requise se situerait davantage entre 60 et 70% qu'au 50%+1 voix de la majorité « classique »¹⁶⁶⁴.

Le premier coût traduit l'idée que si la règle de vote s'écarte de l'unanimité, certaines personnes ne seront pas satisfaites par la règle. Ce coût augmente au fur et à mesure que le niveau de « consentement » requis pour l'adoption d'un texte diminue. Il est plus important lorsque joue la règle de la majorité absolue que lorsque joue celle de la prise de décision à une majorité qualifiée (par exemple 55% ou 70%).

Le deuxième coût traduit plus directement les coûts de transaction ; il s'agit du coût lié au temps nécessaire à la prise de décision. Il est évident qu'une décision est prise plus rapidement si la majorité requise est de 50% que si elle est de 80%.

En considérant que ces coûts sont « comparables », il suffit de tracer la courbe représentant leur somme et de déterminer son minimum. Nous obtenons ainsi le niveau de majorité efficient.

Cette représentation schématique nous permet de déduire quelques conséquences. Tout d'abord, *Plus la règle soumise à un vote est « importante », plus le niveau de majorité requis pour ce vote doit être conséquent.* En effet, si la règle soumise est « importante », le coût lié à l'absence de consentement de la part de tous les votants est beaucoup plus élevé alors que le coût de la prise de décision reste le même ou n'augmente pas significativement. Il est donc possible de considérer que plus le niveau de majorité est élevé, plus la règle a de l'importance pour un Etat donné. Cette règle se traduit par exemple par le niveau de majorité requis lors de l'adoption des révisions constitutionnelles par le Congrès, par les majorités requises pour le vote d'une motion de censure, ou même par les règles de production normative en fonction du domaine de la norme (certaines normes ne peuvent être adoptées qu'à l'aide d'une loi, d'autres à partir d'un simple arrêté municipal).

Le problème de l'intensité des préférences peut également engendrer des difficultés. Dans une démocratie, la règle est celle du vote égal ; quelle que soit la question en jeu, chaque votant

¹⁶⁶³ En dessous de ce seuil, de normes contraires peuvent passer le test du vote, ce qui n'est clairement pas désirable.

¹⁶⁶⁴ James Buchanan et Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, op cit.

dispose du même « poids » dans la décision. A moins d'une substituabilité parfaite, certaines normes de coordination ou certaines politiques mises en œuvre ne concernent qu'une frange de la population (ou concernent davantage une partie de la population). Dans une telle situation, l'intensité des préférences devrait pouvoir être prise en compte. Comme elle ne l'est pas dans les démocraties modernes, l'intensité des préférences conduit à des « tractations » entre les partis et à une forme « d'échange des votes ». Certains députés sont par exemple davantage concernés par les politiques de la pêche que d'autres dont le territoire ne connaît aucun lien avec la pêche (et dont la consommation de poisson reste moyenne). Dans ce cas, il est probable que l'intensité de la préférence du second député le conduira à « échanger » son vote. Ce problème devient plus aigu lorsque la politique est menée par les partis et nous pourrions nous demander si l'élection via une base territoriale est toujours « adaptée » ou s'il ne faudrait pas préférer une élection directement au niveau national.

Lorsqu'un vote se produit dans un domaine spécifique, il est toujours possible de s'interroger sur la rationalité des votants et sur leur capacité à comprendre le texte soumis à la votation. La spécialisation des commissions permanentes au sein des chambres du parlement traduit la limitation des compétences techniques des députés ou leur ignorance « rationnelle ». Il serait possible de s'interroger sur les raisons économiques conduisant à accepter de tels votants au scrutin dans la mesure où ils ont la possibilité de « fausser » le système. Une telle considération pourrait laisser croire qu'en la matière des « spécialistes » pourraient s'accorder et qu'eux seuls pourraient décider. Si tel était le cas (s'il existait à chaque fois une bonne norme de coordination), et en supposant que chaque votant soit capable de déterminer avec une probabilité supérieure à 50% cette « bonne » norme entre deux alternatives a priori « bonnes », le résultat d'un scrutin majoritaire tendrait à la sélection de cette norme avec une probabilité proche de 1 lorsque le nombre de votants est suffisant. Cette règle est connue en économie¹⁶⁶⁵ sous le nom du théorème du jury de Condorcet¹⁶⁶⁶. Néanmoins, la valeur du principe de démocratie se situe justement dans l'incertitude quant aux « bonnes » normes de coordination et dans le processus de découverte qu'elle est censée mettre en œuvre.

¹⁶⁶⁵ Certains paramètres ont cependant été modifiés. Pour un traitement formel de ce problème, voir Denis Mueller, *Public Choice III*, op cit, pp 128-133

¹⁶⁶⁶ Marquis de Condorcet (Nicolas de Caritat), *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, 1785, Imprimerie Royale, Paris, 190 pages, spécialement pp XXIII-XXIV pour l'énoncé du « théorème » : « on trouve de plus que si la probabilité de la voix de chaque votant est plus grande que $\frac{1}{2}$, c'est à dire, s'il est plus probable qu'il jugera conformément à la vérité, plus le nombre de votants augmentera, plus la probabilité de la vérité de la décision fera grande : la limite de la probabilité fera la certitude ».

Parmi les problèmes posés par le système de vote, deux nous semblent déterminants. Le premier est celui de la cyclicité qui souligne l'importance de la maîtrise de l'ordre du jour (1). Le second correspond au problème de la tyrannie de la majorité (2) qui pose la question des limites de la démocratie, et oblige donc à faire émerger une méta-norme permettant de le résoudre.

1. les problèmes de cyclicité et l'importance de la maîtrise de l'ordre du jour

Idéalement, le vote doit permettre de retranscrire les préférences individuelles au niveau collectif. De nombreux économistes souhaiteraient que l'on puisse retrouver au niveau collectif une certaine cohérence plus qu'une agrégation « fidèle » des préférences individuelles.

La première difficulté à laquelle les économistes ont été confrontés correspond au paradoxe de Condorcet¹⁶⁶⁷. Supposons que nous ayons trois électeurs, le premier préfère la règle A à la règle B et la règle B à la règle C. Le deuxième préfère la règle B à la règle C et la règle C à la règle A. Le dernier préfère la règle C à la règle A et la règle A à la règle B. Ces trois électeurs doivent voter pour déterminer la règle à mettre en place. La règle étant celle de la majorité absolue, les votes ne peuvent se faire qu'en comparant deux à deux les alternatives.

Si nous commençons par comparer les règles A et B, les électeurs 1 et 3 préférant A, cette règle passera. Il s'agira alors de la confronter à la règle C. Les électeurs 2 et 3 préférant C à A, la règle C sera adoptée.

Si nous commençons par comparer les règles A et C, la règle C passera. Il s'agira alors de la comparer à la règle B. Dans ce cas, la règle B sera adoptée puisque les votants 1 et 2 préfèrent la règle B à la règle C.

Si nous commençons par comparer les règles B et C, la reproduction du système précédemment développé, conduira à l'adoption de la règle A.

Au niveau collectif, A domine B qui domine C qui domine A¹⁶⁶⁸. Le paradoxe est constitué par ce cycle qui ne traduit pas au niveau collectif le principe de la transitivité des préférences. Autrement

¹⁶⁶⁷ Ce paradoxe apparaît dans Marquis de Condorcet (Nicolas de Caritat), *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, op cit, par exemple p Lxj où le problème est « posé » avant d'être analysé dans les pages suivantes. C'est à partir de cette analyse que Condorcet propose sa méthode de vote. L'option gagnante est l'option qui gagne face à n'importe quelle autre option, autrement dit l'option Pareto optimale (au regard de l'ensemble des options).

¹⁶⁶⁸ Ce résultat est encore plus clair si nous décidons de chiffrer. Supposons que nous ayons une population et que les préférences de cette population soit les suivantes : (1) 38% préfèrent A à B et B à C ; (2) 28% préfèrent B à C et C à A ; (3) 3% préfèrent B à A et A à C ; (4) 16% préfèrent C à A et A à B ; et (5) 15% préfèrent C à B et B à A. Si nous comparons les options deux à deux nous obtenons un cycle : (1) A domine B (38+16 soit 54%) ; (2) B domine C (38+28+3 soit 69%) ; et (3) C domine A

dit, ce n'est qu'en raison de l'arbitraire des personnes susceptibles de déterminer l'ordre du jour qu'une règle peut être sélectionnée, une fois le principe du vote à la majorité accepté. Plus encore, le vote devient superfétatoire puisqu'en sélectionnant l'ordre du jour, la règle gagnante est déterminée¹⁶⁶⁹. Si les alternatives A, B, et C ne se situent pas sur le même continuum, les préférences des électeurs ne sont pas « *single peaked* ». Si les préférences des électeurs sont « *single peaked* » et que le choix ne se fait que sur une seule dimension, en raison du théorème de l'électeur médian, le cycle ne peut pas se produire. Cette hypothèse est cependant irréaliste en raison de la multidimensionnalité des choix¹⁶⁷⁰ et celle-ci conduit à de possibles problèmes de cyclicité.

Si les électeurs connaissent ce problème, ils pourront modifier leur stratégie de vote ce qui pourra modifier le résultat du processus. Si les deux premières règles soumises au vote sont A et B, l'individu 1 pourra voter en faveur de B de façon à ce que le vote se produise entre B et C ce qui lui permettra d'obtenir son deuxième choix plutôt que son dernier. Sachant cela, l'individu 2 pourra lui aussi voter stratégiquement et affirmer qu'il préfère A à C. Selon le niveau d'anticipation, chacun des résultats pourra survenir.

Le problème de l'agrégation des préférences et de la cyclicité est encore plus problématique car il demande, si nous souhaitons que les préférences collectives disposent des mêmes propriétés que les préférences individuelles, de rechercher une méthode d'agrégation des préférences qui ne soit pas « arbitraire ». Or, il est évident que la règle de votation a une influence sur la décision finale. Supposons que nous ayons 5 électeurs. 3 électeurs préfèrent c à b et b à a ; 2 électeurs préfèrent b à a et a à c. Comment « agréger » ces préférences ? La première solution serait la règle de la majorité relative, dans ce cas, c est élu dans la mesure où il recueille 3 voix. Si par contre nous adoptons la méthode de Borda b sort vainqueur (si nous attribuons 2 points pour un premier choix, 1 point pour un deuxième choix et 0 point pour un troisième choix)¹⁶⁷¹.

Arrow a démontré, dans le cadre d'un modèle, que toute forme de Constitution se voulant « démocratique » ne peut pas résoudre le problème des intransitivités (il n'est pas possible de

(28+16+15 soit 59%). L'ordre du jour et la méthode de scrutin seront déterminantes pour la solution qui sera retenue et aucune solution ne semble parfaite.

¹⁶⁶⁹ Voir par exemple Richard McKelvey, General Conditions for Global Intransitivities in Formal Voting Models, 1979, *Econometrica*, vol 47, pp 1085-1112. L'auteur met en évidence le fait que potentiellement, si un cycle existe n'importe quelle règle peut dominer si la séquence de votation est bien déterminée (et s'il n'existe pas de comportements stratégiques).

¹⁶⁷⁰ Sur ce point, voir par exemple Gerald Kramer, On a Class of Equilibrium Conditions for Majority Rule, 1973, *Econometrica*, vol 41, pp 285-297.

¹⁶⁷¹ Le problème est encore plus frappant si nous reprenons l'exemple chiffré de la note 1668 (*supra*).

construire non arbitrairement une fonction représentant les préférences sociales) dans la mesure où la méthode d'agrégation pourra toujours être considérée comme arbitraire. Autrement dit, il existera toujours une part d'arbitraire et donc un « biais », même dans les systèmes qui se veulent absolument démocratiques. Plus précisément, « *If we exclude the possibility of interpersonal comparisons of utility, then the only methods of passing from individual tastes to social preferences which will be satisfactory and which will be defined for a wide range of sets of individual orderings are either imposed or dictatorial* »¹⁶⁷². Il s'agit du fameux théorème d'impossibilité¹⁶⁷³ de Arrow que les juristes français connaissent trop rarement.

Arrow souhaite trouver une méthode d'agrégation des préférences individuelles et s'interroge sur les conditions que celle-ci « devrait » satisfaire. Cinq conditions sont posées dans l'ouvrage original alors que quatre sont en fait retenues dans les analyses postérieures¹⁶⁷⁴. Les conditions posées par Arrow sont les suivantes : (1) le champ illimité, (2) la sensibilité de l'agrégation aux préférences individuelles, (3) l'indépendance entre les séries de choix successifs, (4) le principe de la souveraineté des citoyens et (5) le principe de non dictature (pour obtenir 4 conditions, les conditions 2 et 4 sont unies par le principe de Pareto, qui dispose que si pour chaque individu A est préféré à B, au niveau social A doit être préféré à B).

La première condition, le champ illimité (*universal domain*), signifie que nous cherchons une règle d'agrégation susceptible de « fonctionner » quelles que soient les préférences des individus dans le classement des différentes alternatives. Autrement dit, il doit être possible de passer des préférences individuelles aux choix sociaux en toutes circonstances. Dans le vocabulaire de Arrow, « *we are requiring that, for some sufficiently wide range of sets of individual orderings, the social welfare function give rise to a true social ordering* »¹⁶⁷⁵. Le système doit donc toujours pouvoir classer les différentes alternatives sans que des « incohérences » puissent se produire. Le paradoxe de Condorcet discrédite donc, au regard de ce critère, la règle du vote à la majorité en raison du cycle qui se produit.

La deuxième condition semble, elle aussi, pertinente ; Arrow cherche à assurer une sensibilité des préférences sociales aux préférences individuelles. Plus précisément, il faudrait que « *if one*

¹⁶⁷² Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 59

¹⁶⁷³ Si ce théorème est connu sous ce nom, dans l'ouvrage de Arrow, il s'agit d'un théorème de possibilité. Certains n'en retiennent même que trois afin d'obtenir un système qui est « *weakly reasonable* » (Alan Taylor et Allison Pacelli, *Mathematics and Politics, Strategy, Voting, Power, and Proof*, 2008, Springer, New York, 364 pages, pp 211-222, spécialement p 213)

¹⁶⁷⁴ Cette réduction est faite par Arrow lui-même dans la seconde édition de son ouvrage, Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 97

¹⁶⁷⁵ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 25

alternative social state rises or remain still in the ordering of every individual without any other change in those orderings, we expect that it rises, or at least does not fall, in the social ordering »¹⁶⁷⁶. Nous avons déjà évoqué une condition similaire lorsque nous nous sommes intéressés au principe de l'élection. On évoque aussi l'idée que la fonction de bien-être social doit être monotone.

La troisième condition est l'indépendance entre les séries de choix successifs ou « *independence of irrelevant alternatives* ». Cette condition signifie, dans une forme simple, que les choix sociaux entre deux alternatives ne doivent dépendre que des classements des individus concernant ces deux alternatives. Ce classement ne doit donc pas tenir compte de la façon dont les autres alternatives sont classées, ni même de la possibilité qu'il existe d'autres alternatives. « *Therefore we may require of our social welfare function that the choice made by society from a given environment depend only on the orderings of individuals among the alternatives in that environment* »¹⁶⁷⁷. La méthode de Borda viole incontestablement ce critère dans la mesure où les comparaisons ne se font pas deux à deux et où les options non préférées sont valorisées. Ce critère est celui qui a été le plus critiqué par les commentateurs. Notons aussi qu'il signifie qu'on ne peut pas « cardinaliser » les choix car cette « cardinalisation » suppose de tenir compte des autres alternatives.

La quatrième condition, celle de la souveraineté des citoyens, signifie que la fonction de bien-être social ne doit pas être imposée. Chaque individu doit être libre de choisir entre les différentes alternatives qui lui sont proposées. Il ne doit donc pas exister de limites à la souveraineté des citoyens qui peuvent désirer ce qu'ils souhaitent. « *we certainly wish all choices to be possible if unanimously desired by the group* »¹⁶⁷⁸.

Enfin le système ne doit pas permettre à un individu de modifier les préférences des autres et d'imposer ses choix. Il ne faut donc pas que les préférences sociales dépendent uniquement des préférences d'un seul individu. Cette condition semble pertinente dans le cadre d'une démocratie.

Cependant, *il n'existe aucune méthodologie permettant de construire une fonction de bien-être social – il n'existe aucune méthodologie permettant de passer des préférences individuelles aux préférences collectives, donc aucune méthode de « vote » – qui satisfasse ces cinq conditions.*

¹⁶⁷⁶ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 25

¹⁶⁷⁷ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 26

¹⁶⁷⁸ Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values*, op cit, p 29

Pour sortir de l'impossibilité plusieurs stratégies peuvent être envisagées comme la « relaxation » de certaines des hypothèses. Néanmoins, une telle présentation dépasserait le cadre de notre thèse¹⁶⁷⁹ et nous obligerait à rentrer dans des considérations beaucoup plus formelles.

Le théorème de Arrow est formellement valide. Néanmoins, n'oublions pas que la détermination des conditions à respecter n'est pas strictement « économique » ; elle est limitée dans un système démocratique par l'hypothèse que les préférences des électeurs sont des données et qu'elles ne sont pas susceptibles d'évoluer au cours du processus. Autrement dit, *il n'existe aucune méthode permettant de satisfaire l'ensemble de ces méta-normes, et la détermination de ces méta-normes dépasse le cadre de l'économie*. Par exemple, certains éléments qui pourraient sembler nécessaires sont absents des hypothèses : rien n'empêche que la distribution des ressources soit totalement inégalitaire ou qu'une majorité opprime une minorité (*infra*). De même, si un individu pense qu'il existe une bonne décision « universelle », la question sera de savoir si les individus sont suffisamment « intelligents » pour la choisir. L'opposition entre la démocratie et la notion de solution scientifique est ici évidente ; *si la solution scientifique est déterminable, la méthode démocratique est superflète ; s'il n'existe pas a priori de « bonne décision », la démocratie peut retrouver ses droits*. Il existe dès lors une opposition entre l'analyse économique du droit « normative » et la démocratie puisque si les décisions peuvent être déterminées scientifiquement, la démocratie n'a plus de raison d'être. Dès lors, *tout système de valeur qui ne considère que les conséquences des normes sans s'intéresser aux méta-normes risque de favoriser la dictature*. L'opposition entre l'analyse économique des normes de coordination et l'analyse économique des méta-normes de coordination crée la potentialité d'une tension entre les deux types d'analyses.

Plus fondamentalement encore, le théorème de Arrow précise qu'il n'existe aucune méthode parfaite (selon ses critères) pour déterminer un procédé permettant d'agréger les préférences¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁹ Pour plus de détails, voir par exemple Denis Mueller, *Public Choice III*, op cit, pp 585-591 ; voir aussi, même si nous aurons l'occasion d'y revenir en partie, Amartya Sen, Rationality and Social Choice, 1995, *American Economic Review*, vol 85, pp 1-24 ; James Buchanan, Social Choice, Democracy, and Free Markets, 1954, *Journal of Political Economy*, vol 62, pp 114-123 ; Duncan Black, On Arrow's Impossibility Theorem, 1969, *Journal of Law and Economics*, vol 12, pp 227-248. Parmi les moyens de sortir du théorème, outre la modification des hypothèses, il est possible d'en ajouter. L'unidimensionnalité alliée à des préférences qui sont « *single peaked* » suffit à démontrer que la règle de la majorité est une règle efficiente (voir Duncan Black notamment. Ce résultat provient largement de ce que nous avons montré dans la partie consacrée aux élections). Cette solution vise à spécifier certaines conditions sur les préférences. De la même manière, si le nombre des votants est illimité, il existe un système permettant de sortir de l'impossibilité (par exemple, Peter Fishburn, Arrow's Impossibility Theorem : concise Proof and Infinite Voters, 1970, *Journal of Economic Theory*, vol 2, pp 103-106).

¹⁶⁸⁰ Il serait possible de critiquer la « force » requise dans le schéma de Arrow pour qu'un système de décision collective soit acceptable. A la limite, comme le fait remarquer Buchanan, le système de Arrow sous-tend un problème philosophique de taille. Ainsi « *rationality or irrationality as an attribute of the social group implies the imputation to that group of an organic existence apart from*

Le problème concret est d'identifier le degré d'imperfection des méthodes et de sélectionner le système le moins imparfait¹⁶⁸¹. Si Churchill annonçait que « *la démocratie est le plus mauvais des régimes à l'exception de tous les autres* », l'analyse économique lui donne un fondement théorique, et c'est parce que le système est imparfait que les métaméta-normes de coordination sont déterminantes et que les normes de coordination ne sont pas nécessairement optimales. Autrement dit, la logique même du système conduit à modérer les critiques fondées sur les normes de coordination sans regard sur les méta-normes qui les sous-tendent (et cela ne signifie pas que les résultats des analyses économiques ne sont pas pertinents). Il s'agira ensuite d'arbitrer entre les différentes dimensions, même si un système parfait est impossible. Dès lors que les individus se sont accordés sur une méta-norme de coordination, même si le système produit des solutions parfois sous-optimales ou présente des phénomènes de cycles, ces solutions doivent être respectées en raison même de l'accord sur la procédure de décision, sauf à introduire une métaméta-norme de coordination visant à limiter certains effets néfastes. Cette question est d'ailleurs posée par Sen, « *Why should not the decisions emerging from agreed social mechanisms be acceptable without having to check them against some preconceived idea of how choices made in different situations should relate to each other ?* »¹⁶⁸².

Si le système de vote est imparfait, le problème de la tyrannie de la majorité est le plus aigu.

2. le problème de la tyrannie de la majorité

Ce problème a été initialement mis en évidence par Tocqueville¹⁶⁸³ ; si la majorité peut tout, il n'est pas impossible que la majorité opprime une minorité. Dans les mots de Tocqueville, « *Qu'est ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité ? [...] le pouvoir de tout faire que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs* »¹⁶⁸⁴. Pour reprendre les axiomes de Arrow, le

that of its individual components » (James Buchanan, *Social Choice, Democracy, and Free Markets*, op cit, p 116). Une telle considération a pu conduire Sen à son paradoxe, celui de l'impossibilité d'un système de liberté et du critère de Pareto (Amartya Sen, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, op cit)

¹⁶⁸¹ Même si nous passons sur la difficulté de la détermination empirique de ce type de problème, il semblerait que le problème de cyclicité ne soit pas très important. Duncan Black estime ces intransitivités à environ 9% lorsque le nombre de votants est supérieur à 21 (Duncan Black, *On Arrow's Impossibility Theorem*, op cit, p 242). De la même manière Tullock (Gordon Tullock, *Why so Much Stability*, 1981, *Public Choice*, vol 37, pp 189-202) s'interroge sur les raisons empiriques d'une telle stabilité dans le processus de décision.

¹⁶⁸² Amartya Sen, *Rationality and Social Choice*, op cit, p 6

¹⁶⁸³ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique I*, 1835, in André Jardin (sous la direction de), *Tocqueville, Œuvres II*, 1992 Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1191 pages, pp 1-480, spécialement pp 287-291

¹⁶⁸⁴ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique I*, op cit, p 288

problème de l'absence de tyrannie s'applique à la fois pour le groupe et pour les individus¹⁶⁸⁵. Aucune règle dans les axiomes de Arrow ne permet d'éviter ce type de problème. Autrement dit, rien ne l'interdit dans une démocratie que 51% des individus se mettent d'accord pour opprimer les 49% autres. Si ce phénomène est extrêmement problématique pour le système démocratique, il est, économiquement, tout à fait probable. La simple procédure est impuissante à garantir contre les effets indésirables d'une agrégation des préférences individuelles.

Nous revenons au problème de la monopolisation du pouvoir (en raison du manque d'hétérogénéité). Si un individu ne peut être dictateur, plusieurs individus ne devraient pas pouvoir l'être. Afin de limiter cette possibilité de monopolisation du pouvoir, plusieurs stratégies sont envisageables.

La première serait d'augmenter le seuil de majorité requis pour qu'une alternative soit retenue. Plus le nombre de personnes nécessaires à une coalition majoritaire est important, plus cette coalition sera difficile à établir et à maintenir. Le phénomène de la discipline des partis vise justement à assurer une plus grande cohésion à l'intérieur du groupe afin de maximiser leur pouvoir ; ce phénomène risque néanmoins de renforcer le risque de tyrannie de la majorité lorsqu'aucune autre garantie que la procédure n'existe.

La deuxième possibilité serait d'interdire l'obtention de la majorité des voix par une tendance mais, dans ce cas, le problème de la sensibilité aux préférences des électeurs posera problème. Par ailleurs, le risque serait de sombrer dans une tyrannie de la minorité.

La troisième et dernière solution serait de poser des limites substantielles aux décisions. C'est la solution retenue par Tocqueville : « *La justice forme donc la borne du droit de chaque peuple [...] Quand donc je refuse d'obéir à une loi injuste, je ne dénie point à la majorité le droit de commander ; j'en appelle seulement de la souveraineté du peuple à la souveraineté du genre humain* »¹⁶⁸⁶. Il s'agit de la solution retenue dans la plupart des systèmes juridiques, notamment par l'existence des déclarations des droits (qui peuvent cependant être modifiées) ou par l'adhésion à des normes supra-étatiques visant le respect des droits (ce système ne permet pas aux dirigeants d'un Etat de les modifier unilatéralement ; le choix est simplement entre l'adhésion et la non adhésion et le coût du retrait d'un tel processus est souvent prohibitif).

¹⁶⁸⁵ Notons que c'est en partant de l'idée d'un groupe décisif que Sen explique le théorème de Arrow (Amartya Sen, *Rationality and Social Choice*, op cit). Nous ne souhaitons cependant pas avancer que Tocqueville mettait en évidence un problème similaire à celui auquel s'attaquait Arrow.

¹⁶⁸⁶ Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique I*, op cit, p 288

Cette solution serait idéale s'il était possible de discriminer entre respect et irrespect de la « justice » sur des bases suffisamment solides, ou si nous pouvions considérer que chaque fois qu'une situation est « tendancieuse » le principe sera le refus de l'adoption de la norme. Il est évident que chaque fois qu'une décision n'est pas prise à l'unanimité, une frange de la population se retrouvera dans une situation non souhaitée. Peut-on pour autant affirmer que toute décision majoritaire est tyrannique ? Si la réponse est négative, il faudra établir une « limite » permettant de distinguer ce qu'il est possible de faire.

Si la société veut pouvoir évoluer, ou si simplement nous considérons qu'il existe une « souveraineté » (du peuple ou de la nation), ces limites doivent pouvoir être remises en cause, au moins potentiellement, ces remises en cause ne pouvant se faire qu'à travers le respect d'une procédure. En principe, la modification des méta-normes sera plus exigeante en termes de majorité que la modification d'une norme d'un niveau inférieur pour des raisons maintenant évidentes.

La dimension procédurale met l'accent sur la nécessité d'un arbitrage entre conservatisme et révolution¹⁶⁸⁷ ; entre coûts de la démocratie et gains de la démocratie. Il n'existe aucune méthode parfaite ; le problème est de définir, pour un système donné, une procédure acceptable et suffisamment « pertinente » quant aux résultats qu'elle sera susceptible d'engendrer.

Ce seront les méta-normes et les métaméta-normes qui permettront d'analyser une situation du point de vue économique. En effet, elles seules définissent les critères au sein desquels l'analyse économique pourra fonctionner. *Positivement, l'analyse économique n'est pas autonome puisqu'il lui faut un critère permettant la détermination de la structure d'analyse.* Or les éléments à prendre en compte dépendent justement de ces méta-normes. Dans une démocratie, l'objectif social doit être déterminé par les détenteurs de la souveraineté et non imposé de l'extérieur. Imposer un critère reviendrait à favoriser les normes qui suivent ce critère et à remettre en cause une grande partie du processus démocratique (pourquoi ne pas nommer uniquement des économistes au pouvoir ?), même si elles éclairent, sous un jour nouveau, certaines difficultés touchant le problème de la coordination du groupe ; ceci souligne les limites de l'analyse économique du point de vue normatif¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁷ Plus une méthode est démocratique, plus elle est conservatrice dans la mesure où l'idéal de démocratie est l'unanimité.

¹⁶⁸⁸ Voir la seconde partie de cette thèse.

B. le rôle des règles touchant les libertés individuelles

Si les individus sont rationnels et si les critères de Arrow semblent pertinents, il n'existe aucune méthode d'agrégation des préférences individuelles qui n'ait pas des « failles » (même si ces failles sont plus ou moins importantes). Dans certaines conditions, la règle de la majorité n'est pas sans risques de permettre à un décideur, sous couvert d'une décision *démocratique*, de choisir les règles à mettre en œuvre.

Afin de limiter le risque qu'un individu rationnel ne profite de telles failles, l'instauration de règles plus substantielles comme les « droits et libertés » s'impose au niveau des méta-normes. Celles-ci peuvent constituer une limite, même imparfaite¹⁶⁸⁹, à la tyrannie de la majorité. L'analyse économique permet de rationaliser cette seconde catégorie de normes présente au sein des constitutions, et permet ainsi d'expliquer pourquoi les méta-normes semblent, a priori, à la fois procédurales et substantielles.

Sans anticiper sur les développements que nous présenterons dans l'analyse substantielle du droit sous l'angle économique, la première raison *économique* pour laquelle les déclarations de droits sont présentes au sein des constitutions est claire : elles sont censées limiter le pouvoir d'action des dirigeants. Économiquement, ces droits n'ont pas à avoir une sacralité particulière. *Le raisonnement étant conséquentialiste, la valeur des droits n'est équivalente qu'aux conséquences positives qu'ils entraînent*¹⁶⁹⁰.

Si nous nous intéressons à la Constitution de la Ve république, les déclarations de droits sont protégés au niveau constitutionnel en raison du préambule (nous négligeons les mécanisme pourtant puissants de la protection par des sources supranationales et les normes sociales). A première vue, il semblerait que les dirigeants n'aient pas la possibilité de modifier cette liste. Pourtant, la possibilité de les modifier est toujours envisageable puisque la révision constitutionnelle n'est pas interdite. Il suffira par exemple de modifier le préambule de la Constitution pour que ces droits disparaissent. Nous pouvons en tirer une « loi » : *la force d'une norme substantielle est équivalente à la difficulté de mener à bout la procédure la moins « coûteuse » pour la modifier ; toute limite substantielle est en fait une limite procédurale*. Autrement dit, la force de la déclaration des droits dans la Constitution de la Ve république est égale à la difficulté de mener à bout l'une des procédures suivantes : la modification de la norme implicite par l'adoption d'une norme non sanctionnée par le Conseil constitutionnel (soit car les autorités susceptibles de le saisir se sont mises d'accord, soit car le Conseil constitutionnel refuse de sanctionner la déviation), la modification de la norme explicite via l'utilisation de la procédure de révision

¹⁶⁸⁹ notamment en raison du problème de l'interprétation et du pouvoir des « interprètes »

¹⁶⁹⁰ ce qui conduit alors la critique qu'adressait Tocqueville : les individus qui valorisent la liberté pour autre chose qu'elle-même ne méritent pas de l'avoir

constitutionnelle et l'adoption par le Congrès, la modification de la norme explicite par l'utilisation de la procédure de révision constitutionnelle et l'adoption par référendum, la modification de la norme explicite par référendum. Il faudrait ajouter la possibilité de mener à bien un coup d'état ou une révolution mais nous sortons alors du domaine du droit.

Dans cette optique, la justice constitutionnelle vise à assurer la force de la norme substantielle. En effet, sans justice constitutionnelle, la force d'une telle norme est parfaitement équivalente, si nous négligeons l'impact des normes sociales pour nous concentrer au monde du droit, à n'importe quelle autre norme alors que la première est supposée être une méta-norme. Autrement dit, la distinction entre la norme et la méta-norme s'estomperait totalement ce qui est économiquement non souhaitable. L'instauration d'une justice constitutionnelle n'est qu'un moyen de « s'assurer » du respect des limites procédurales *per se* et des limites procédurales visant la modification des normes substantielles (puisque toute décision constitutionnelle peut être modifiée par la modification de la Constitution).

Dès lors que ces droits ne peuvent être modifiés qu'au prix d'un « surcoût » lié à la procédure de modification de la Constitution, seuls des droits dont l'efficacité est reconnue peuvent prétendre, économiquement, à une telle position. Si par exemple le respect du droit de propriété est une condition générale de l'efficacité d'un système, ce droit peut prétendre à une reconnaissance comme méta-norme. Si des droits « inférieurs » se retrouvent au niveau de méta-normes, la modification de ces droits sera inutilement coûteuse et entraînera des gaspillages (nous ne pourrions pas modifier la norme en raison du surcoût alors qu'un gain aurait pu être réalisé). Si des droits sont « supérieurs », mais ne sont pas considérés comme des méta-normes, la modification de ces normes sera trop aisée et la société perdra en efficacité (nous pourrions modifier par erreur une norme alors qu'une telle erreur n'aurait pu être commise si elle avait été reconnue comme méta-norme). Idéalement, les déclarations des droits doivent reconnaître tous les droits et ne pas être « incomplètes » ; l'oubli de certains droits peut cependant être « sauvé » par l'utilisation de mécanismes comme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les principes à valeur constitutionnelle, ou même indirectement par l'interprétation des droits déjà reconnus. La reconnaissance de tels principes est, en général, réservée à un sous-groupe qui n'explique que très peu la méthode de découverte de telles principes (si pour les PFRLR le Conseil constitutionnel est plus explicite que pour les principes à valeur constitutionnelle, la marge d'appréciation est souvent large). Le problème subsiste donc.

Il faudrait aussi signaler le problème de l'interprétation des normes substantielles. Pour « suivre » un principe, il faudrait qu'il existe des métaméta-normes d'interprétation qui soient suffisamment générales pour laisser une marge d'interprétation et suffisamment « précises » pour que n'importe

quelle interprétation ne soit pas considérée comme « bonne » (logiquement même les interprétations « mauvaises » peuvent être du droit). Alors qu'elles ont un impact évident sur le droit et son évolution, ces métaméta-normes ne sont pas souvent « juridiques »¹⁶⁹¹ puisque leur explicitation est beaucoup trop coûteuse.

Si tous les individus sont parfaitement rationnels et adoptent le critère de l'efficacité comme critère de décision dans un choix social, les déclarations de droit sont parfaitement inutiles, de même que toute méta-norme tant substantielle que procédurale (à l'exception d'une règle quelconque permettant de prendre une décision et limitant ainsi les coûts de transaction). Elles ne trouvent leur utilité que lorsqu'il existe une rationalité limitée susceptible de se « tromper » lors d'une analyse coûts-bénéfices et/ou lors de la détermination de la structure d'analyse pertinente. Le surcoût correspond à une « sécurité » : le droit ne pourra pas être modifié sauf si le bénéfice de cette modification est supérieur au surcoût qu'elle entraîne. Dès lors il ne suffit pas de penser à un moment donné que la modification du droit est efficace pour pouvoir modifier ce droit, il faut en plus que son gain soit supérieur au coût de la modification de la règle.

Nous pouvons alors nous attendre à ce que les déclarations de droit se développent lorsque les constituants se méfient du pouvoir des dirigeants. Il serait même possible de considérer que plus une Constitution reconnaît des droits fondamentaux et se donne les moyens de les respecter¹⁶⁹², plus les citoyens ont conscience des possibilités d'abus de pouvoir d'un gouvernement. Le fait que le droit anglais ne connaisse pas explicitement une déclaration des droits moderne (il faut en effet réserver le cas des déclarations anciennes du type Magna Carta) provient de la stabilité de la monarchie et de sa capacité à s'adapter aux attentes des citoyens. Cette analyse permet aussi d'expliquer l'apparition des déclarations des droits modernes après les révolutions (guerre d'indépendance pour les Etats-Unis et révolution pour la France). Pareillement, la déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen apparaît après la seconde guerre mondiale.

Il faut réserver le cas de la théorie du signal appliquée aux déclarations. L'adhésion à certaines conventions supranationales permet à un Etat de signaler son « bon comportement » et cette adhésion peut avoir des conséquences économiques importantes.

Cette ligne d'argumentation vaut principalement pour les normes substantielles explicites. Si les normes substantielles sont implicites, autrement dit s'il s'agit plus de normes sociales que de

¹⁶⁹¹ Au sens ici des pays de droit écrit. En effet, dans un pays du type common law, le droit fait référence à tout ce qui peut être utilisé avec succès pour justifier une décision.

¹⁶⁹² Pour éviter le simple « affichage ».

normes juridiques mais que ces normes sociales sont considérées tout de même comme des méta-normes juridiques, le problème économique est plus délicat. Le cas typique serait celui des normes supra-constitutionnelles (si elles existent). Il semble « évident » qu'il existe, dans une société, à un moment donné, des méta-normes implicites car internalisées. Le coût de leur explicitation est trop important par rapport aux bénéfices d'une telle explicitation. Ces normes ne sont donc pas, à proprement parler, du droit (qui doit être le résultat de normes « explicites » ou au moins tangibles), mais fondent tout de même le système juridique à un moment donné. Si le problème de leur reconnaissance ne se posait pas, de telles normes devraient pouvoir être invoquées. Si le problème de leur reconnaissance se pose, nous pouvons considérer que l'individu rationnel en a tenu compte puisqu'elles sont supposées internalisées. Le problème véritable surviendrait si le coût de la norme sociale n'est pas pris en compte par les décideurs, mais l'identification d'une telle situation est bien délicate (et économiquement problématique en raison du postulat de rationalité). Notons d'ailleurs que, en matière de supra constitutionnalité, les raisonnements se font généralement *in abstracto* : il est toujours possible de s'interroger sur les limites supra-constitutionnelles de la révision lorsqu'aucune révision n'est prévue en la matière ; le problème de la supra-constitutionnalité se pose seulement si une telle révision est proposée et semble pouvoir passer.

Economiquement, la logique de la Constitution peut être totalement reconstruite. Plus encore, afin que les normes de coordination créées rationnellement ne soient pas ambiguës, il est nécessaire qu'il existe des méta-normes de coordination indiquant comment le droit est créé, peut changer ou disparaître. La plupart des résultats présentés sont bien connus des juristes mais la logique économique semble apporter une puissance d'analyse supérieure par sa systématisme. Les raisons plus précises de cette « puissance » seront analysées dans la seconde partie de notre thèse.

§2. L'analyse économique du droit et la production des normes jurisprudentielles : à la recherche des méta-normes

Dès lors qu'il existe un individu (ou un groupe d'individus) qui peut avoir un impact sur les normes juridiques en vigueur, il est nécessaire que cet individu soit soumis à un certain nombre de contraintes l'obligeant à ne pas agir en suivant ses seuls intérêts, sauf si ses intérêts se confondent avec l'intérêt social. Ainsi, *de même que le système constitutionnel contraint les « dirigeants », il doit exister des méta-normes permettant de contrôler et de contraindre l'action des juges.* Ces contraintes ne doivent pas être « trop » importantes afin de limiter le gaspillage de ressources. La règle reste

donc la même que pour la construction d'un système constitutionnel, il faut égaliser (métaphoriquement au moins) le bénéfice marginal et le coût marginal tirés des contraintes, et pour cela identifier les conséquences de chacune des méta-normes possibles¹⁶⁹³. Si les normes sociales étaient suffisantes pour permettre au juge de décider sans promouvoir ses propres préférences, toute autre forme de contrainte serait superflue.

Si aucune contrainte ne « pesait » sur le juge, celui-ci pourrait trancher chaque question en fonction de sa seule rationalité et de ses seuls intérêts¹⁶⁹⁴. Même dans le cas où le juge aurait « l'obligation » de respecter un système de droit, s'il n'existait aucun moyen incitant le juge à « respecter » cette « obligation » (donc si cette obligation n'était pas assortie d'une sanction suffisamment puissante), il ne la respectera pas en pratique (du point de vue économique). Ce problème est d'autant plus important dans les pays de *common law*, puisque le droit est « censé » être davantage l'œuvre des juges que du législateur. Sans contrainte, les normes de coordination « optimales » ont peu de chances d'émerger.

Parmi les contraintes possibles, nous distinguerons les contraintes « non spécifiques » (et souvent extrajudiciaires) (A), et les contraintes « spécifiques » (généralement judiciaires) (B), c'est-à-dire les méta-normes susceptibles d'avoir un impact sur les décisions de justice sans pour autant contraindre l'auteur à prendre une décision particulière. Les premières visent des règles qui ne sont pas « traditionnellement » conçues comme ayant un impact déterminant sur l'action des juges. Elles sont néanmoins fondamentales car la structure « juridique » ne peut pas faire abstraction de cette dimension, sans risquer un gaspillage de ressources. Les contraintes juridiques spécifiques ne sont en effet présentes que pour « accompagner » cette dimension extrajudiciaire : elles visent beaucoup plus directement la structure au sein de laquelle le juge rendra sa décision. Il s'agit donc de transposer l'idée de la division du pouvoir au sein du système judiciaire.

Le schéma suivant explicite les éléments que nous allons présenter dans ce paragraphe :

¹⁶⁹³ Comme nous pourrions le constater, l'analyse économique fournit davantage un outil d'abduction qu'un outil d'analyse « scientifique ».

¹⁶⁹⁴ C'est d'ailleurs un des points de départ nécessaires pour Posner qui explique que « *By treating Judges and Justices as ordinary people, my approach makes them fit subjects for economic analysis, for economists have no theory of genius* » (Richard Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 1993, *Supreme Court Economic Review*, vol 3, pp 1-41, p 4) ou encore « *The economic theory of judicial behavior treats the judge as a rational, self interested utility maximizer. He has a "utility function," as economists term the complex of objectives that guide rational action* » (Richard Posner, *How Judges Think*, 2008, Harvard University Press, Cambridge, 387 pages, pp 35-36)

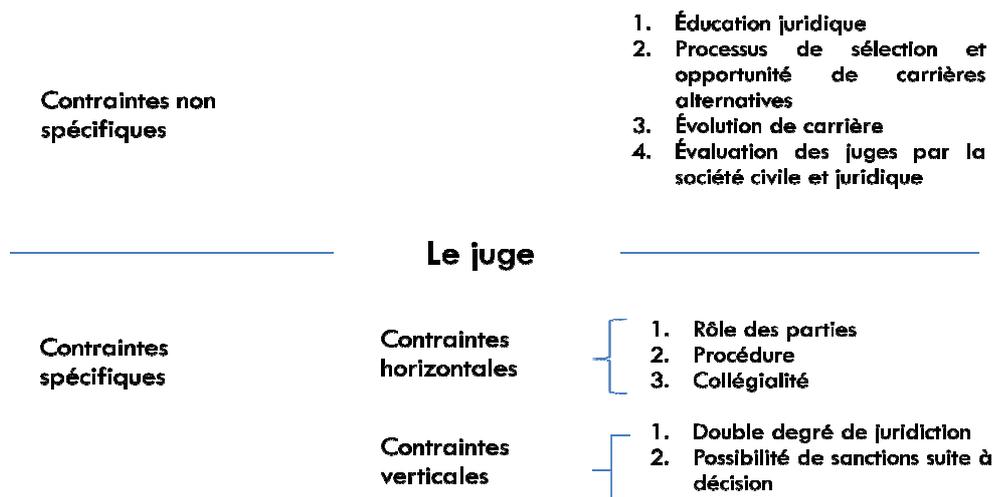


Schéma 1. *Le tissu de contraintes pesant sur le juge, une approche économique*

Economiquement, la dimension juridique n'est qu'une dimension d'une structure normative plus vaste. La « coordination » entre les contraintes est donc nécessaire. Il serait hasardeux de ne se concentrer que sur l'un des types de contraintes pour tenter de déterminer la structure normative au sein de laquelle agit le juge.

Si les juges ne peuvent pas agir selon leur « bon vouloir », il est délicat de déterminer avec précision ce qu'un bon juge « devrait » être, alors que c'est en fonction de ce modèle que les contraintes devraient être construites¹⁶⁹⁵ (et que le travail des juges pourrait être évalué). Est-ce un juge respectant les préférences « démocratiques » ? Est-ce un juge appliquant « fidèlement » le « droit » ? Est-ce un juge « juste » ? Est-ce un juge essayant systématiquement de faire prévaloir « la norme efficiente » ? Est-ce tout cela à la fois, et dans ce cas comment « pondérer » les différentes dimensions ? Le « sens » attribué au droit est dès lors primordial puisqu'il conditionne le « sens » des qualificatifs proposés.

La détermination du modèle du « bon juge » doit prendre en compte les autres acteurs du jeu « normatif ». Si le législateur est peu compétent, il serait efficient (si l'objectif ultime reste l'efficacité) que le juge puisse « interpréter » les règles de façon à limiter leurs effets « indésirables ». Dans ce cas, qu'est ce qui pourrait faire du juge un « meilleur » législateur que le législateur (du point de vue de la compétence et de la « légitimité ») ? Si le législateur est extrêmement compétent ou que le respect du système est considéré comme un « objectif », le juge ne devrait avoir qu'à appliquer le droit (même si le problème de l'interprétation reste présent), et lorsque plusieurs solutions sont envisageables (en raison du phénomène

¹⁶⁹⁵ Notons que toute la question est finalement à ce niveau et qu'il n'existe pas de modèle parfaitement « neutre ». Pourtant cette question est rarement (et même à ma connaissance jamais) réellement posée ainsi.

d'interprétation), il devrait faire prévaloir la norme dont les conséquences sont les plus désirables (en termes d'efficience tout d'abord, puis en termes de redistribution, et enfin au regard de ses propres préférences). Ce modèle d'un juge « bouche de la loi » est imparfait car il est toujours possible d'interpréter une situation juridique comme n'ayant pas de solution « juridique » évidente (et réciproquement).

Si à chaque question juridique il n'existait qu'une, et une seule, solution « dictée » par le droit (approche dworkinienne par exemple et dans une moindre mesure approche hayekienne), le seul problème serait de déterminer le juge le plus compétent du point de vue de la technique et de s'assurer qu'il soit incité à utiliser ses compétences lorsqu'il « juge » (par exemple car il pense qu'il n'existe qu'une seule bonne solution et qu'il doit la trouver). Si par contre le droit ne conduisait pas à une seule solution (en raison du problème de l'interprétation, la question de l'existence d'une seule bonne solution étant plus ontologique qu'épistémologique), le modèle du juge « idéal » serait beaucoup plus compliqué à définir ; il faudrait certes qu'il respecte le droit (mais ce respect n'est-il que de « façade » ? et que signifie-t-il ?), mais aussi qu'il fasse preuve de qualités « autres » lui permettant, lorsque « c'est nécessaire », de « modifier » l'interprétation traditionnelle des normes juridiques. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces questions lorsque nous nous intéresserons aux limites « pratiques » de l'analyse économique du droit (même si ces limites peuvent se comprendre économiquement). Néanmoins, la détermination de la structure normative de décision permet de faire émerger, en creux, le modèle sous-jacent du juge.

A. Les contraintes non spécifiques, faciliter l'assimilation par le juge de son modèle idéal

Idéalement, il ne devrait pas être nécessaire de mettre en place des mécanismes de contrôle juridique spécifiques dès lors qu'il existe des mécanismes incitant le juge à se conformer à un modèle idéal dont il n'est pas censé dévier. La fonction de juge fait ainsi déjà l'objet de certaines contraintes qui, sans viser explicitement à assurer que le juge fasse « bien » son travail, constituent une garantie minimale, un socle à partir duquel des constructions juridiques plus spécifiques pourront s'ériger si cette garantie minimale se révèle insuffisante. Le contrôle de l'accession à la fonction de juge constitue un mécanisme important puisqu'il s'agit de « sélectionner » les individus dont les actions laissent penser qu'ils se conformeront « naturellement » au modèle idéal.

Sans trop schématiser, les contraintes non spécifiques peuvent être réunies en deux grandes catégories : les contraintes liées à la carrière (1), qui visent à faciliter l'assimilation par le juge d'un

« modèle idéal » (ces contraintes sont à la fois juridiques, en ce qui concerne l'évolution de carrière par exemple et extra-juridiques, en ce qui concerne l'assimilation des normes sociales)¹⁶⁹⁶, et les contraintes liées à la réception des décisions de justice par la société civile (2) (contraintes principalement extra-juridiques) qui touchent plus directement le problème de la réputation et du prestige des juges. Les premières sont susceptibles d'agir en amont et en aval du travail de juge ; les secondes ne visent qu'une incitation en aval (une fois que le juge est dans la fonction).

1. Les contraintes liées à la carrière, faciliter l'accession à la carrière de juges aux individus dont les préférences correspondent au modèle idéal

Si la carrière ne semble pas déterminante pour l'élaboration de la structure au sein de laquelle la décision du juge sera prise, elle est pourtant fondamentale à un double titre.

D'une part, les règles « régissant » la carrière visent la question de la sélection (a), et il est certain que plus les profils « d'aspirants » se rapprochent du modèle idéal du juge, plus l'accession de ceux-ci à cette fonction permettra de mettre un place un système de contraintes relativement souple (et donc moins coûteux). Autrement dit, *en limitant l'accès à la fonction de juge, un des objectifs est de faciliter « l'internalisation » par les juges d'un modèle idéal de leur fonction*. Si les préférences des individus devenant juges correspondent aux préférences que nous sommes en droit d'attendre de la part d'un juge idéal, cette « contrainte » peut être extrêmement puissante.

D'autre part, les règles « régissant » la carrière touchent aussi la question de l'évolution de carrière (b) et sont donc porteuses, au moins potentiellement, d'une structure d'incitations susceptible d'agir sur les mécanismes de prise de décision. Cette dernière série de mécanismes est bien connue en analyse économique puisque nous retrouvons alors le problème de l'agence (même si le « principal » est ici délicat à déterminer¹⁶⁹⁷) : il s'agit, par une structure incitative, de pousser l'agent à agir dans l'intérêt du principal. Comme nous pourrions le constater, ces règles visent, au contraire, à sortir le juge d'une structure d'incitation classique : « *At the heart of economic analysis of law is a mystery that is also an embarrassment : how to explain judicial behavior in economic terms, when almost the whole thrust of the rules governing compensation and other terms of judicial employment is to divorce judicial*

¹⁶⁹⁶ Ces contraintes sont évidemment spécifiques à la fonction de juge (puisque'il s'agit de la carrière du juge) mais non spécifiques car elles ne visent pas directement à altérer la structure de la décision (du moins en règle générale, puisque le principe d'indépendance la justice constitue l'exception au principe).

¹⁶⁹⁷ Ce point est par exemple souligné par Posner (Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, pp 125-126)

actions from incentives»¹⁶⁹⁸. Néanmoins si ces règles se distinguent d'une structure d'incitations classique, elles ont tout de même des effets potentiels sur le travail des juges.

a. limiter l'accès à la fonction de juge et favoriser le développement de certaines préférences : faciliter l'internalisation par le juge des normes « idéales »

En limitant l'accès à la fonction du juge, il est possible d'espérer faire un premier « tri » conduisant à sélectionner des individus dont les préférences ne sont pas trop éloignées d'un modèle idéal de juge. De même, la formation des individus pouvant « espérer » devenir juge permet de faciliter l'internalisation des « normes » associées à l'idée de « bon juge ».

Plusieurs méthodes de sélection existent pour attribuer cette fonction : l'élection (comme par exemple aux Etats-Unis), la nomination par des instances politiques (cas du Conseil Constitutionnel), le concours (cas de l'école de la magistrature), la nomination aléatoire (à partir d'un « pool » plus ou moins large comme dans certaines cités de la Grèce antique), la cooptation, etc. Chacune de ces méthodes a des conséquences différentes concernant le « tri » entre les candidats et révèle une conception du juge idéal tout à fait spécifique.

Avant d'envisager ces différentes méthodes, signalons que des limites comme l'âge, le sexe, le diplôme, etc. peuvent entrer en ligne de compte. Si le sexe n'est pas normalement considéré comme un signe permettant de qualifier le juge de bon ou de mauvais, l'âge et le diplôme sont des considérations « naturelles ». Un juge ne peut pas être trop « jeune » et doit être « qualifié », même si les niveaux pertinents sont délicats à déterminer.

En ce qui concerne les juges de « premier niveau », les deux systèmes classiques sont l'élection et le concours. Le concours révèle une conception beaucoup plus « technicienne » du juge que l'élection (car le concours suppose une évaluation suffisamment objective). Si le « bon juge » est celui qui applique « bien » le droit, il suffit de sélectionner les individus qui « appliquent » le mieux le droit afin d'en faire des juges. Dans ce type de système, nous considérons en principe qu'il existe une et une seule solution juridique (ou au maximum un petit nombre de solutions). Dès lors qu'il existe plus de solutions, il faudra choisir et ce choix risque de se faire en fonction des seules préférences personnelles. Le concours peut cependant « tester » les préférences des candidats et donc faciliter l'idée d'une seule solution juridique. Le concours, sauf s'il impose une « expérience » professionnelle, laisse supposer que l'expérience est moins importante que la technique, autrement dit que la rationalité pratique est moins fondamentale que le savoir faire

¹⁶⁹⁸ Richard Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, op cit, p 2

technique. Il est alors probable que le système ayant retenu ce type de formule soit un système dans lequel le droit présente une dimension technique importante. L'existence de « codes » pourrait constituer un des éléments permettant d'identifier un droit technique puisque les juges sont censés respecter ces codes.

Le concours impose un certain nombre de pré-requis et souvent une formation spécifique. Si par exemple un concours ne peut se passer qu'après un certain nombre d'années d'études de droit, il est certain que les études auront déjà eu pour impact d'altérer les préférences des individus et d'inculquer un certain nombre de « normes sociales » relatives à la fonction. Plus le nombre de candidats susceptibles de passer le concours est restreint en raison de prérequis « homogènes », plus les préférences des candidats seront proches. Le concours permet ensuite de sélectionner, parmi ces candidats, les « meilleurs » du point de vue de certaines « épreuves ». Plus les candidats reçus au concours sont hétérogènes, plus la formation post concours devra être « soutenue ».

Cette altération des « préférences » et cette « internalisation » des normes sociales vont être renforcées par la formation « post concours », lorsqu'elle existe, puisqu'elle vise à inculquer un ensemble de normes permettant à un juge d'être considéré comme un « bon juge ». Il s'agit d'assurer une certaine homogénéité dans les préférences des juges, ou du moins dans les préférences relatives à la fonction de juge. Les juges peuvent avoir différentes opinions politiques, mais il faut assurer une homogénéité permettant au(x) juge(s) de décider en faisant abstraction (le plus possible) de ses (leurs) préférences personnelles. Cette homogénéité explique, en partie, la stabilité de la jurisprudence malgré l'évolution de la composition des juridictions. Idéalement, il ne faudrait pas que le juge soit un « génie » du droit puisqu'alors il pourrait comprendre ses marges de manœuvre et faire privilégier ses propres opinions tout en respectant les « apparences » de la décision impartiale et juridique¹⁶⁹⁹.

Le système de l'élection est bien différent. En effet, le juge n'est pas sélectionné pour ses simples « qualités techniques » mais aussi en fonction de son pouvoir de séduction et des attentes des électeurs¹⁷⁰⁰. Si les électeurs ne souhaitent que favoriser la personne la plus apte, que cette conception de l'aptitude est partagée, et que chaque électeur a une probabilité supérieure à 50% de ne pas se tromper, le candidat sélectionné par le processus sera presque automatiquement le candidat le plus apte (au regard des critères, par hypothèse homogènes, posés par les électeurs). Si par contre les préférences des électeurs sont multidimensionnelles, la sélection sera beaucoup

¹⁶⁹⁹ Les génies du droit ne sont pas incités à devenir juge car les incitations financières des firmes privées assurent qu'une grande partie d'entre eux ne cherchent pas à devenir juge.

¹⁷⁰⁰ Il faudrait aussi tenir compte de la méthode de financement de la campagne qui peut avoir un impact sur le candidat qui sera élu

plus délicate à réaliser et rien ne garantit que le meilleur juriste soit sélectionné (même si ceci pose la question de l'identification du meilleur juriste « objectivement »). Néanmoins, il est possible qu'une « norme sociale » visant la définition du « bon juge » émerge et qu'elle influence le vote.

L'élection ne vise pas à sélectionner le meilleur juge du point de vue de la qualité juridique mais du point de vue des attentes des électeurs. En effet, dans un tel système, la dimension politique des décisions juridiques est parfaitement assumée : le problème juridique n'est pas de trouver la bonne solution technique mais une solution acceptable. La dimension pratique de la décision (l'expérience) prime sur la dimension technique. Ce type de système se retrouvera en principe dans les pays de *common law*. Ceci ne signifie pas que les juges élus sont moins « techniques » que les juges « non élus » mais plutôt que différentes qualités sont recherchées chez les juges.

L'élection ne faisant qu'octroyer un mandat, normalement renouvelable, elle oblige les juges à se conformer, de la même manière que les « politiques », à un certain « programme ». Contrairement à un système où les individus ne sont pas élus, la procédure de nomination a un impact déterminant après l'entrée en fonction. Par exemple, le style de la rédaction sera théoriquement plus pédagogique lorsque le juge est élu que lorsqu'il est nommé sur concours, puisque le juge souhaitera expliquer sa décision aux électeurs (obligation moins importante dans un système de nomination après concours). Si l'élection conduit à un mandat non renouvelable, le spectre de la réélection disparaissant, le juge retrouve une marge de manœuvre plus importante dans ses décisions.

Il peut être « prouvé » que les décisions des juges élus tendent à être plus prévisibles que les décisions des juges nommés pour une raison presque triviale : « *Independent judges are less responsive to political pressure and are therefore more difficult to predict when deciding a case in which politically important groups have a stake* »¹⁷⁰¹. Si cette prévisibilité est importante, il faudra la balancer avec le risque de l'oppression des minorités. Ce point est d'ailleurs signalé par Posner : « *the more uniform public opinion is, the more important judicial independence is for safe-guarding minority rights* »¹⁷⁰².

¹⁷⁰¹ En fait la comparaison s'effectue entre des juges « nommés » et les juges élus. L'article est de la même manière beaucoup plus riche que cette simple citation. En ce sens, voir, F. Andrew Hansen, The Effect of Judicial Institutions on Uncertainty and the Rate of Litigation : The Election versus Appointment of State Judges, 1999, *Journal of Legal Studies*, vol 28, pp 205-232, spécialement pp 231-232.

¹⁷⁰² Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 137. L'exemple de tyrannie de la majorité proposé par Tocqueville vise d'ailleurs le cas dans lequel un juge est élu. La question est alors de savoir quel serait le niveau optimal d'indépendance des juges. Sur ce point, voir par exemple F. Andrew Hansen, Is There a Politically Optimal Level of Judicial Independence?, 2004, *American Economic Review*, vol 94, pp 712-729.

La nomination par des instances politiques ou juridiques peut aussi avoir un impact sur la prise de décision par le juge. En effet, cette nomination constitue généralement une promotion et l'individu a déjà fait preuve de ses qualités juridiques (soit parce qu'il a été juge, soit parce qu'il a été un grand professeur, etc...) ¹⁷⁰³. L'individu, s'il est déjà juge, sera incité à prendre ses décisions afin de « plaire » à l'autorité ou aux autorités susceptibles de le nommer. Il tiendra aussi compte, dans son calcul, des contraintes pesant sur les autorités susceptibles de le nommer. Il est ainsi probable que les nominations « politiques » et le risque de « politisation » de la justice obligent les instances susceptibles de nommer les juges à une certaine « retenue » afin de pouvoir maintenir leur « crédibilité » ¹⁷⁰⁴. Néanmoins, plus la probabilité d'être nommé est faible, moins le juge modifiera son comportement (car le bénéfice marginal de la modification sera beaucoup plus faible que si la probabilité de nomination est élevée). Si aucun impact sur le déroulement de la carrière n'est susceptible d'intervenir, le juge ne devrait pas altérer son comportement.

La nomination aléatoire ou le tirage au sort peuvent être envisagés lorsqu'il s'agit de nommer un juge pour des affaires « simples », ou sans enjeu spécifique. Cette méthode est en effet peu coûteuse et comme les affaires sont peu importantes l'absence d'impact « précis » sur les préférences des candidats est négligeable, ou largement compensé par la diminution des coûts dans la gestion du système. La détermination du « pool » au sein duquel le juge sera nommé est cependant déterminante, sauf à considérer que la justice est une question de pur bon sens et que le bon sens est effectivement partagé par tout le monde, ou que le droit n'est pas perçu comme nécessitant des qualités spécifiques. Posner fait ainsi remarquer que l'âge du candidat peut avoir une importance car les préférences sont censées moins varier au fur et à mesure qu'un individu avance en âge, rendant ainsi les décisions plus prévisibles ¹⁷⁰⁵. Plus le travail de juge sera perçu comme spécifique, plus le « pool » au sein duquel le candidat sera retenu devra être peu étendu. Les personnes susceptibles de déterminer ce « pool » auront un très grand pouvoir puisqu'il suffira d'en assurer une certaine homogénéité pour que la décision en tant que telle n'ait quasiment aucun impact sur les décisions futures des juges.

Le système de sélection des juges est donc déterminant parce qu'il agit en amont de la prise de décision. Posner considère ainsi que l'internalisation des normes par le juge joue une grande part dans le processus de prise de décision ¹⁷⁰⁶ et cette internalisation est, en partie, impliquée par le

¹⁷⁰³ Même s'il ne s'agit pas d'une condition explicite, la condition est en principe implicite.

¹⁷⁰⁴ Il s'agit d'ailleurs d'une des raisons avancées pour justifier la retenue des instances politiques dans la nomination des membres du Conseil constitutionnel.

¹⁷⁰⁵ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 140

¹⁷⁰⁶ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 125

processus de sélection. *Plus la prise de décision sera le fait d'individus homogènes, plus le droit pourra être considéré comme stable.* Hormis le cas de l'élection dont l'impact se produit aussi en aval de la sélection, cette homogénéité n'est pas une garantie parfaite et il sera nécessaire de tenir compte des mécanismes d'évolution de carrière.

b. L'évolution de carrière, une dimension susceptible de conduire à une certaine « uniformité » des décisions de justice

Si l'élection n'est pas le système retenu¹⁷⁰⁷, l'évolution de carrière peut influencer la prise de décision par le juge. Si le juge ne fait pas « bien » son travail, la crainte de la sanction pourra l'inciter à modifier son comportement. De même, il serait possible d'envisager des « primes » en fonction des résultats, par exemple de la quantité d'affaires traitées en une année (même si l'aspect qualitatif n'est pas à négliger), et ce système modifierait l'environnement incitatif dans lequel est inséré le juge. La théorie de l'agence en économie vise à résoudre un problème du même type : quel système d'incitations serait susceptible de conduire l'agent à se comporter conformément aux intérêts du principal lorsque la « qualité » objective du travail de l'agent est indéterminable ou trop coûteuse ?

Si le juge pouvait être sélectionné par les parties au conflit et que le juge était directement rémunéré par ces parties, les incitations seraient clairement différentes que dans un système où l'indépendance du juge serait reconnue et la nomination à vie. La première méthode correspond au système normalement retenu pour la procédure de l'arbitrage. Comme le note Posner à ce sujet, « *Arbitrators are selected by or with the consent of the litigants. An arbitrator who gets a reputation for favoring one side in a class of cases... will be unacceptable to one of the parties in any future such dispute, and so the demand for his services will wither. We can therefore expect arbitrators to tend to "split the difference" in their awards* »¹⁷⁰⁸.

Le principe d'indépendance du juge vise à limiter tout type de contrainte explicite sur le travail du juge. Ce mécanisme permettrait une division efficiente des pouvoirs. Economiquement, si le juge doit être soumis à certaines contraintes pour s'assurer qu'il accomplisse « bien » sa mission, certaines contraintes sont considérées comme inadmissibles (influence politique, corruption, etc.). De même qu'une banque centrale doit être indépendante pour assurer une gestion « crédible » des

¹⁷⁰⁷ En fait, même dans ce cas, il est possible que l'évolution de carrière ait une importance, notamment lorsque les instances d'élection ne sont pas les mêmes.

¹⁷⁰⁸ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 127

taux¹⁷⁰⁹, un juge doit être indépendant pour assurer une gestion « crédible » du système de la justice. Si la justice était perçue comme « politisée » ou « corrompue », la confiance nécessaire à un auto-respect des normes risquerait de disparaître et le système pourrait s'effondrer. Notons que si le juge est sélectionné en fonction de ses qualités, l'existence de pressions externes pourrait le conduire à ne pas utiliser ses qualités et, dans ce cas, le système de sélection serait moins pertinent. Posner reconnaît d'ailleurs que le principe d'indépendance est lié au système de sélection des juges : « *the more secure judicial tenure is and hence the more difficult it is to control judges' behavior, the more carefully candidates for judgeships should be screened* »¹⁷¹⁰.

Ce principe d'indépendance se traduit aussi au niveau de l'évolution de carrière par le principe de l'avancement à l'ancienneté en droit français. Dans un autre système, les juges modifieraient leurs décisions en fonction des nouveaux critères d'évolution de carrière (tout système de notation a donc un « effet pervers »). Si le juge était promu en fonction de sa créativité, les revirements de jurisprudence seraient sans doute plus nombreux ; s'il était promu en fonction du nombre d'affaires traitées, la qualité de la décision devrait diminuer. En assurant une promotion à l'ancienneté (pour une très large part), le juge n'a aucun intérêt à se distinguer pour s'assurer une promotion plus rapide. Le risque est alors que le juge ne fournisse pas un effort suffisant et qu'il se contente de profiter de son statut. Dans un tel système, le nombre d'affaires traitées par juge devrait être relativement moins important que dans un système dans lequel les juges auraient des incitations plus directes à trancher davantage de litiges. Les incitations de ce type ne peuvent cependant pas garantir que le juge tranchera « correctement » les litiges (d'où l'importance des contraintes spécifiques).

En tout état de cause, le juge ne sera pas incité à choisir de façon parfaitement arbitraire car plus la décision du juge est prévisible, moins de cas se présenteront devant lui et donc il aura relativement moins de travail (mais suffisamment tout de même de façon à ce que son poste ne soit pas supprimé).

Ce principe se traduit aussi par le fait que la fonction de juge est une fonction, en principe, à vie. Garantir une fonction à vie, c'est s'assurer que le juge ne modifiera pas son comportement pour

¹⁷⁰⁹ Les travaux de Kydland et Prescott sur un tel sujet ont, en partie, été récompensés par le prix Nobel d'économie en 2004. Voir par exemple Finn Kydland et Edward Prescott, *Rules Rather Than Discretion : The Inconsistency of Optimal Plans*, 1977, *Journal of Political Economy*, vol 85, pp 473-492. La raison est simple : « *optimal control theory is an appropriate planning device for situations in which current outcomes and the movement of the system's state depend only upon current and past policy decisions and upon the current state. But, we argue, this is unlikely to be the case for dynamic economic systems. Current decisions of economic agents depend in part upon their expectations of future policy actions* » (op cit, p 474).

¹⁷¹⁰ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 140

« plaie » aux instances susceptibles soit de le renommer, soit de le « licencier ». Un mécanisme de « licenciement » doit exister pour des cas particulièrement graves afin que le juge soit incité à ne pas abuser de son pouvoir. Le conseil supérieur de la magistrature peut ainsi prendre des mesures disciplinaires contre les magistrats du siège. La Constitution lui attribue même, dans son article 65, la mission d'assurer la discipline des magistrats du siège (avec une possibilité de recours ouverte auprès du Conseil d'Etat¹⁷¹¹). Les sanctions peuvent aller jusqu'à la révocation avec ou sans suppression des droits à pension¹⁷¹².

Enfin le principe d'immovibilité (pour les magistrats du siège) assure qu'un juge ne puisse pas se voir changer d'affectation sans son accord. Il est garanti en France par l'article 65 de la Constitution. Cette règle permet de limiter la possibilité de se « débarrasser » des juges « gênants ». Cependant, elle peut donner lieu à un effet pervers : le changement d'affectation, s'il est perçu comme une promotion, pourra inciter les juges à se comporter d'une façon conforme aux attentes de l'autorité susceptible de lui fournir cette nouvelle affectation, si, bien sûr, il n'existe pas d'autres contraintes pesant directement sur l'autorité dans son pouvoir de décision. Néanmoins, une fois l'affectation « optimale » du juge « assurée », il retrouve une complète « indépendance ».

Le système de l'évolution de carrière et du statut du juge ne semble pas permettre d'influencer directement le travail du juge et la structure de sa prise de décision. Il permet cependant de dégager, en creux, l'image d'un juge « intègre ». Afin que ce dernier fournisse une quantité et une qualité optimale de travail, il faudra compter sur les autres mécanismes de contraintes.

L'évolution de carrière peut aussi avoir un impact sur les candidats au poste de juge et donc indirectement sur le mécanisme de sélection des juges. En effet, il est vraisemblable que la dimension financière peut entrer en ligne de compte, de même que la possibilité de faire face au chômage. Dès lors que les différences de salaire entre le public et le privé sont suffisamment importantes, il est probable qu'une partie des candidats se détourne de la carrière de la magistrature au profit d'une carrière d'avocat ou de juriste. La magistrature attirera les individus (à qualité identique) les plus « averses » au risque et cette caractéristique aura un impact sur l'efficacité du système du double degré de juridiction (nous verrons que le juge prendra en

¹⁷¹¹ Et ce, même si l'article 57 du statut de la magistrature prévoit que la décision du conseil supérieur de la magistrature n'est susceptible d'aucun recours. Voir cependant, Conseil d'Etat, 12 juillet 1969, L'Etang, revue de droit public 1970, p 387, note Waline

¹⁷¹² Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958, article LO 57

compte le risque de renversement de son jugement). De même, les individus considérés comme les « plus brillants » auront tendance à délaissé, toutes choses égales par ailleurs, la fonction publique pour le privé ce qui pourra impacter la qualité des décisions rendues.

De façon plus subtile, un juge pourra être désincité à travailler s'il considère que son travail n'est pas suffisamment rémunéré au regard du travail fourni s'il compare ce qu'il pourrait « gagner » dans d'autres postes entrant dans son domaine de compétences. Le seul moyen de contrer ce risque serait de « compenser » les juges soit par des avantages en nature, soit par un prestige supplémentaire (dans la mesure où l'augmentation des salaires n'est pas une option envisageable lorsque le budget ne peut pas être équilibré)¹⁷¹³. Dans les situations extrêmes, il pourra être conduit à démissionner ou à passer du secteur public au secteur privé. Cette possibilité de passerelle pourrait conduire le juge à travailler davantage dans la mesure où il pourra « intéresser » d'éventuels employeurs du secteur privé¹⁷¹⁴.

La compréhension de tels mécanismes pourrait permettre une construction plus efficiente des contraintes spécifiques. En effet, dans le cadre de ce modèle, assurer une certaine homogénéité dans les préférences des juges favoriserait une relative uniformité dans les mécanismes de contraintes. Cette première série de contraintes n'est pas suffisante, même si elle est « déterminante » à plus d'un titre en ce qui concerne notamment les « hautes cours » dont les contraintes spécifiques sont beaucoup moins importantes.

2. Les contraintes liées à la réception des décisions de justice par la « société civile » : l'importance du prestige et de la réputation

Lorsqu'un juge rend une décision, il tient compte de la réception de ses décisions par la « société civile », c'est à dire par le monde juridique (a) – nous ne traiterons pas ici la réception par les juges d'appel ou de cassation (ce point sera traité par la suite) – et, plus largement, par la « population » (b), ou ce qu'il croit être les réactions de la population.

¹⁷¹³ Notons d'ailleurs que si un individu est « réceptif » à la dimension du prestige, il sera davantage possible de le soumettre à des contraintes puisqu'il s'agira d'un paramètre sur lequel jouer. Par ailleurs, cela permettra de limiter les salaires et donc « d'économiser » l'argent public.

¹⁷¹⁴ Posner consacre tout un chapitre à la question de l'impact des salaires et de la durée de la fonction de juge (Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, chapitre 6). Son analyse se fait dans le cadre d'un système de common law où le taux de chômage est relativement peu important par rapport à la France et où les salaires des avocats sont astronomiques. Ces paramètres sont importants et l'analyse de Posner ne se veut pas « totale ».

La dimension de la réputation et du prestige, souvent mise en avant par les analyses économiques¹⁷¹⁵, permet de réinscrire ces paramètres dans l'analyse. Pratiquement, il est plausible qu'une partie des juges se soucie des conséquences des décisions qu'ils prennent en termes de prestige et de réputation. Il est peu probable qu'un juge accepte de prendre une décision considérée comme « injuste » par l'opinion publique. S'ils ne sont pas « obligés » de s'intéresser à la portée de leur(s) décision(s) sur la société civile dans son ensemble, il est certain que les juges tiendront compte de cette réception, en anticipant la réaction des individus qu'ils estiment ou qui leur sont proches, ou au moins les individus dont l'opinion ne leur semble pas « biaisée ». Posner écrit que « *even judges who have more or less complete freedom to decide a case any way they want are constrained by the concerns for their reputation among people whom they respect* »¹⁷¹⁶, ou encore il est « *plausible to suppose that most judges exercise discretion in such a way as to be recognized by themselves and others as "good" judges rather than lazy or willful ones* »¹⁷¹⁷. Si la décision à laquelle le juge aboutit lui semble « désastreuse » pour sa réputation, il sera incité à chercher une autre solution et à comparer l'impact de chacune afin de choisir celle lui étant la plus « favorable ». Une partie des revirements de jurisprudence pourrait s'expliquer grâce à cette dimension (*infra*).

L'analyse économique permet d'analyser la structure de l'impact de cette prise en compte même si les analyses plus « empiriques » restent délicates car cette dimension résulte d'un jeu spéculaire. Cette « prise en compte » peut aussi n'être qu'apparente. Si, les autorités politiques ont une influence sur la promotion des juges, le respect par ceux-ci des attentes de la population pourrait être un « plus » pour leur promotion. Autrement dit, dès lors que le juge anticipe que l'autorité est elle aussi « contrainte », il pourra en tenir compte pour s'assurer une promotion plus rapide.

a. la réception des décisions par le monde juridique

La « qualité » d'un juge est bien délicate à déterminer « objectivement » car il n'existe aucun critère commun d'évaluation. Si cette qualité peut avoir un impact sur l'avancement de carrière, il est certain qu'il faudra trouver des « signes » permettant de « déduire » cette qualité (puisque'il existe une certaine forme d'asymétrie d'informations). La réception des décisions par le monde juridique peut être un de ces signes, dont le juge serait alors incité à tenir compte. Si le droit est

¹⁷¹⁵ Par exemple Thomas Miceli et Metin Cosgel, Reputation and Judicial Decision Making, 1994, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 23, pp 31-51. Si théoriquement nous cherchons à « expliquer » les actions des juges, il est nécessaire que celles-ci ne soient pas aléatoires et il faut disposer des possibles paramètres pris en compte. La dimension du prestige permet d'intégrer l'impact des normes sociales sur les décisions des juges.

¹⁷¹⁶ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 125

¹⁷¹⁷ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 174

perçu uniquement sous sa dimension technique, le juge devra simplement se demander s'il a trouvé la bonne solution, et il est certain que l'impact de la réception sera moins déterminant que si le juge disposait d'une marge de manoeuvre.

En principe, un juge préfère, comme n'importe quel individu, que son travail soit jugé de bonne qualité plutôt que « bâclé ». L'interprétation subjective de la qualité de ses décisions n'est pas suffisante, surtout si cette interprétation subjective ne trouve aucun « appui » externe¹⁷¹⁸.

Le juge sera incité à tenir compte de l'avis du monde juridique, c'est-à-dire qu'il tiendra compte des anticipations de réaction(s) des individus de ce « monde ». Le premier critère sera lié aux « notes de jurisprudences » et donc à l'évaluation du travail de juge par les commentateurs. Il faudra distinguer la dimension critique adressée au droit et la dimension critique adressée à la décision. La première peut certainement influencer un revirement de jurisprudence si celui-ci est anticipé comme « possible » (par exemple parce que le juge considère qu'il a la possibilité, sans « violer » le droit, de le modifier, de mener une politique jurisprudentielle non « politique »). Le droit administratif est très réceptif à cette dimension dans la mesure où la jurisprudence conserve une grande importance pour la détermination de ce droit. Le droit de la responsabilité administrative a ainsi évolué en raison de considérations « extra-juridiques », comme la volonté de protéger les victimes (de la part des juges mais aussi de la part des commentateurs). Les mécanismes du cumul de fautes ou du cumul de responsabilités¹⁷¹⁹ en droit administratif n'ont d'ailleurs pas d'autre effet que de conduire à une indemnisation systématique des victimes et sont des créations purement jurisprudentielles qui répondent à certaines attentes, si ce n'est du monde juridique, au moins de la « société civile ». De même, le contentieux des contrats administratifs a évolué en réponse à certaines interrogations de la doctrine. Sur le plan du droit civil, la jurisprudence en matière d'imprévision a elle aussi été influencée par le monde juridique et la doctrine sur cette question.

Si le juge peut tenir compte de la doctrine lorsqu'elle critique l'état du droit, la doctrine lui fournit des outils permettant de construire de nouvelles décisions. Sous l'angle économique, la rationalité limitée du juge l'oblige à inspecter certains états du monde des possibles et la doctrine permet

¹⁷¹⁸ L'analogie est tout à fait possible avec l'étudiant évalué sur son travail ou le chercheur évalué sur ses travaux.

¹⁷¹⁹ Sur ce point, voir Conseil d'Etat, Anguet, 3 février 1911, Recueil p 146, note Hauriou ; et Conseil d'Etat, Epoux Lemonnier, 26 juillet 1918, Recueil p 761, conclusions Blum. La dimension conséquentialiste de ces décisions est d'ailleurs signalée par les commentateurs. Par exemple, pour l'arrêt Lemonnier : « Cette construction jurisprudentielle est éminemment protectrice des droits des victimes, puisque l'agent fautif est fréquemment insolvable, alors que la collectivité publique a toujours les moyens de payer les indemnités auxquelles elle est condamnée. Elle peut avoir, par contre, l'inconvénient d'assurer aux coupables une impunité excessive et d'affaiblir chez les agents publics le sens de leurs responsabilités » (Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 2005, Dalloz, Paris, 974 pages, pp 208-209).

d'étendre ou de réduire ce monde des possibles. Elle est également déterminante pour l'émergence de l'idée d'un « bon droit » et la construction de « normes sociales spécifiques » que le juge, mais aussi le législateur, ne peuvent ignorer.

Le juge sera aussi incité à éviter que sa décision soit considérée comme arbitraire, mal fondée, politique, etc. Il est certain que la sanction viendra davantage du jeu du double degré de juridiction, mais lorsqu'une décision est insusceptible d'appel, cette dimension sera largement prise en compte. Les efforts « pédagogiques » du Conseil d'Etat visant la justification de ses décisions peuvent s'expliquer par les critiques de la doctrine en la matière. Le standard de la « bonne décision » du point de vue de la forme et des justifications correspondra aussi à une construction du monde du droit (une norme sociale émergente), même si la dimension du double degré de juridiction aura un impact (*infra*). Sous cet angle, *le monde du droit va dégager les normes que le juge devra internaliser s'il ne souhaite pas que ses décisions soient critiquées par celui-ci.*

Outre les commentaires de jurisprudence, l'avis des « confrères » sera susceptible d'impacter la décision des juges. Si le juge souhaite faire partie d'une « collectivité » composée de ses confrères, il devra suivre les normes de ce groupe spécifique et celles-ci auront une influence sur ses prises de décision.

Le fait pour un juge d'être « cité » pourra aussi avoir un effet. Si une décision juridique est considérée comme particulièrement bien argumentée, elle pourra être citée en exemple et le juge à l'origine de cette décision verra son prestige ou sa « célébrité » grandir. De même, la « renommée » du juge pourra le conduire à être invité à participer à des conférences ce qui sera susceptible d'augmenter son revenu. En France la justice est « impersonnelle » et l'influence d'un juge particulier sur la décision est rarement mentionnée, d'autant plus que les « *dissents* » sont interdites. Néanmoins, en droit administratif, le prestige de certains commissaires du gouvernement (nouveaux rapporteurs publics) est indéniable.

b. la réception des décisions par la société civile au sens large

La réception des décisions par la société civile pourra, elle aussi, avoir un impact. Par exemple, en supposant que les autorités susceptibles d'influencer l'évolution de carrière d'un juge soient des politiques, leur choix tiendra certainement compte de la réception des décisions de justice par « l'opinion publique »¹⁷²⁰. Nommer un juge dont les décisions sont considérées comme

¹⁷²⁰ Pensons à l'affaire de nullité du mariage pour cause de non virginité, ou aux décisions en matière d'euthanasie.

« injustes » par la société civile serait maladroit politiquement, même si, du point de vue du monde du droit, la décision est de qualité.

Si le juge est élu par la « société civile », la réception par ses décisions par celle-ci devient déterminante. Il faudra néanmoins trouver des mécanismes susceptibles d'assurer une garantie réelle des droits des minorités (qui par définition ont peu d'importance dans un tel système) Si le juge n'est pas élu mais que les « politiques » peuvent avoir une influence soit sur la nomination, soit sur l'avancement de carrière, l'influence de la société civile sera atténuée (en raison de cette médiation par les politiques) mais restera influente à travers les contraintes pesant sur les autorités politiques.

Même si l'évolution de carrière ou la nomination ne dépendent pas directement ou indirectement de la société civile, celle-ci conservera une certaine influence à travers les normes sociales. Le standard du bon juge ou le standard de justice émerge directement de celles-ci (le mécanisme est celui de la convention et de la sélection d'un équilibre spécifique). Le juge qui souhaite être considéré comme un « bon » juge, sera incité à se conformer à de tels standards, quand il ne les aura pas parfaitement internalisés. Il est possible de retrouver, d'une certaine manière, les principes de l'approche Dworkinienne qui conduisent, s'ils pouvaient être parfaitement objectivés, à affirmer que le juge ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire et qu'il n'existe qu'une solution « juste ». Ceci explique aussi que certaines décisions « étrangères » semblent « violer les standards juridiques » d'un système normatif de référence, tout en étant considérées comme de « bonnes » décisions au regard d'un autre système ; ou que certaines normes jurisprudentielles passées ne paraissent plus pertinentes au regard de l'évolution sociale.

Il est cependant impossible de déterminer précisément ces normes sociales « impératives ». Même si le juge en a une idée faussée (puisqu'elles ne peuvent résulter que des anticipations), elles restent influentes lors du processus de prise de décision. En principe, elles apparaîtront plus contraignantes dans un système de *common law* que dans un système de droit écrit. En effet, dans un système de droit écrit, le problème d'une décision peut provenir soit du droit objectif (et donc d'une interprétation des normes écrites), soit de la décision elle-même. Un juge qui semble respecter le droit objectif ne verra pas sa qualité de « bon » juge remise en cause, même si sa décision n'est pas considérée comme « juste » au regard des normes sociales. Dans un système où le juge apparaît moins « contraint » par les catégories juridiques, les attentes seront différentes. Pour certains, si la « bonne » décision n'a pas été rendue, c'est que le juge n'est pas « bon » (le raisonnement reste valable même si nous acceptons qu'il existe un petit nombre de solutions considérées comme « bonnes »). Un des attraits majeurs de l'analyse économique du droit est de

proposer un ensemble de critères permettant, lorsque plusieurs solutions sont envisageables, d'en discréditer certaines (au regard du système normatif qu'elle pose comme hypothèse).

Ces différentes contraintes ont, sans nul doute, un impact sur le cadre incitatif dans lequel le juge est placé. Elles ne semblent cependant pas suffisantes et des contraintes spécifiques (considérées comme plus juridiques) ont été ajoutées au système.

L'analyse économique du droit ne fait qu'identifier les paramètres que le juge prendra en compte en fonction du système dans lequel il se trouve. Elle se veut alors plus positive que normative. Afin de pouvoir passer au normatif, il faudrait ajouter un critère normatif à l'analyse, normalement l'efficacité en économie, ce critère n'étant qu'une hypothèse de travail.

B. Les contraintes spécifiques : assurer une meilleure qualité des décisions de justice et empêcher le juge de pouvoir faire privilégier ses propres préférences

Une fois le juge nommé, et en supposant que celui-ci ne soit pas réceptif aux « normes sociales », il pourrait faire prévaloir ses propres préférences lors de ses prises de décision, du moins dans les limites lui permettant de conserver son poste. Un tel juge risquerait, à lui seul, de dérégler le système.

Dans ce cas, les contraintes spécifiques auront une influence déterminante puisque leur ajout permettra de limiter les risques du dérèglement du système juridique. Autrement dit, il s'agira de déterminer dans quelle mesure les coûts ajoutés par l'augmentation des contraintes spécifiques restent inférieurs aux bénéfices ajoutés par cette même augmentation. Ceci obligerait à identifier la probabilité qu'un juge ne soit pas réceptif à telle ou telle contrainte, ou que le niveau de « réceptivité » soit différent. L'analyse économique propose d'explicitier la structure de la décision sans pour autant formuler de recommandations précises (même si la connaissance du système permet des décisions concrètes mieux informées). Ces règles permettent ainsi d'expliquer les raisons « économiques » conduisant à ce qu'une affaire puisse être jugée en premier et dernier ressort, ou influençant les règles de formation dans les hautes juridictions. *Plus les règles non spécifiques sont susceptibles d'avoir un impact, moins les règles spécifiques sont nécessaires, toutes choses égales par ailleurs.* Il s'agit toujours d'assurer, de façon procédurale, que les normes de coordination mises en place dans une société s'approchent de l'efficacité.

Le mécanisme est le même qu'en ce qui concerne la division du pouvoir, la monopolisation du pouvoir ne concernant ici qu'un « sous pouvoir ». Nous distinguerons les contraintes juridiques horizontales (1) et les contraintes juridiques verticales (2). Les premières touchent plus directement la prise de décision par le juge à l'intérieur d'une juridiction donnée. Les secondes visent une approche plus systémique de la structure d'un système judiciaire en imposant au juge de tenir compte du possible renversement de sa décision.

1. Les contraintes juridiques horizontales : la difficulté pour le juge de décider seul

Afin que le juge ne puisse pas faire prévaloir ses préférences dans sa prise de décision, deux grandes méthodes sont envisageables. La première consiste à ne pas permettre au juge de s'autosaisir des litiges et l'oblige à respecter les règles de procédure (a). Ainsi, le juge ne pourra impacter les normes de coordination qu'une fois saisi, et il devra alors se prononcer après avoir entendu les (avocats des) différentes parties. Toutes les normes de procédures – civile, administrative ou pénale – ont pour effet de déterminer une répartition des pouvoirs et pourraient être analysées sous l'angle économique. Nous ne présenterons ici que quelques éléments. La seconde méthode vise à diviser le pouvoir de décision par la collégialité et l'assistance d'un jury (b). Un juge ne pourra faire prévaloir ses préférences puisqu'il devra tenir compte de l'avis des individus qui « l'assistent ».

Ces contraintes ont également une influence sur la rationalité de chacun des acteurs. La collégialité, sous certaines hypothèses, est susceptible d'assurer une prise de décision mieux informée.

a. impact des parties et le respect des règles de procédure

Sans possibilité de contrôle du respect de ces normes, le juge pourrait agir à sa guise, sous réserve des contraintes non spécifiques. Du point de vue juridique, les contraintes forment un système à l'intérieur duquel le juge est « pris ». Le principe du double degré de juridiction est à ce titre fondamental.

Pour que le juge puisse agir sur les normes de coordination d'une société, un litige doit lui être soumis¹⁷²¹. Pour Rubin, cette division du pouvoir est à même d'assurer une plus grande efficacité de la *common law* : « *in short, the efficient rule situation noted by Posner is due to an evolutionary mechanism*

¹⁷²¹ Article 1 du NCPC dispose ainsi que « *seules les parties introduisent l'instance, hors le cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ».

whose direction proceeds from the utility maximizing decisions of disputants rather than from the wisdom of judges »¹⁷²². Cette conception a été critiquée car le comportement des juges a également une importance¹⁷²³. Si le travail des juges n'avait que peu d'importance, toute restriction autre que la procédure accusatoire serait inutile puisque, in fine, la règle efficiente dominerait¹⁷²⁴. Néanmoins, si la logique économique est valable, les problèmes présentés devant les juges seront des problèmes impliquant des coûts de transaction élevés (puisque si les coûts de transaction étaient faibles, une négociation interviendrait), et donc des situations dont l'impact sur l'allocation des ressources n'est pas négligeable.

Cette règle de procédure conduira aussi, inversement, à une plus grande diversité des affaires soumises aux juges. En effet, en décentralisant l'identification des litiges, les juges se trouvent soumis à davantage de demandes que si la procédure était purement inquisitoire, puisque dans ce dernier cas, et sauf si les effectifs « spécialisés » dans l'identification des litiges étaient légions, le nombre de cas décelés serait inférieur à un processus de découverte décentralisé. Le juge peut cependant agir sur davantage de normes de coordination. Comme il ne décide pas de la ou des normes qui lui seront soumises, il reste « lié ». Il pourra théoriquement agir sur chacune des normes qui lui seront soumises mais il sera incapable de modifier l'ensemble du système par sa seule décision.

La procédure accusatoire laisse aussi l'opportunité aux parties de régler le litige entre eux puisque l'action d'une partie est nécessaire pour tout jugement (si la liberté d'agir en justice est reconnue et effective, cette procédure semble être plus efficiente). Le système juridique sera plus efficient puisqu'il existera une diminution du coût de fonctionnement de la justice, sans trop d'effets pervers. Afin de faciliter la négociation privée, il est nécessaire de disposer de règles suffisamment claires : si les règles sont trop « floues » les accords ne pourront survenir car les parties n'anticiperont pas de la même façon l'application du droit par le juge.

Une fois le juge saisi d'une affaire, il sera dans l'impossibilité d'agir sur le déroulement de l'instance, du moins si la logique de la procédure accusatoire est menée jusqu'au bout. Le juge ne pourra donc pas, en influant sur les pièces du dossier, atteindre la norme de coordination qu'il souhaite. De même, le juge est censé ne devoir prendre en compte que les faits présentés par les parties et non découverts par lui.

¹⁷²² Paul Rubin, *Why is common law efficient?*, op cit, p 51; dans le même sens voir George Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, op cit.

¹⁷²³ Robert Cooter et Lewis Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law Without the Help of the Judges*, op cit.

¹⁷²⁴ Les restrictions pourraient avoir une influence sur le court terme ou durant les périodes de transition.

Cette limitation du pouvoir d'action sera renforcée par la limitation des arguments susceptibles d'être soulevés d'office par le juge. Si le juge est soumis aux moyens soulevés par les parties, il n'est plus maître des normes de coordination auxquelles il devra faire face ce qui limitera son pouvoir sur le système normatif global.

Le principe du contradictoire vise à favoriser une plus grande « neutralité » du juge (norme supposée d'un « bon juge »¹⁷²⁵). En effet, la diversité dans la présentation des faits permet au juge de modifier ses positions et de cerner des dimensions de la décision qu'il n'avait pas nécessairement identifiées. Obligé d'« entendre » deux versions, le juge prendra une décision moins biaisée. Chaque partie essayant de présenter les « faits » le mieux possible, chaque présentation constituera un extrême¹⁷²⁶ ; en supposant que l'exagération par les différentes parties est de même amplitude, la « vérité » des faits sera plus simple à identifier. Si le juge souhaite néanmoins favoriser une solution, l'amplitude entre les deux positions constituera une marge de manœuvre (si les avocats présentaient tous les deux les faits d'une façon parfaitement neutre, le juge serait davantage « contraint »). Ce principe permet donc de pallier, pour partie, la rationalité limitée du juge en favorisant une plus grande neutralité, lorsqu'une autre contrainte assure l'effectivité de celle-ci.

La plupart des règles de procédure visent à assurer que le juge trouve une « bonne » solution sans véritablement le contraindre. Elles ne le contraignent que dans la mesure où leur respect est assuré, notamment par le mécanisme du double degré de juridiction. Si les règles de procédure sont effectives, la justification de la position du juge sera plus délicate si ce dernier souhaite faire prévaloir les normes de coordination qu'il aurait choisies si aucune contrainte n'existait. En un sens, leur impact se fait par ricochet mais peut être déterminant à la fois pour la crédibilité de la justice et pour contraindre le juge à se prononcer en toute impartialité.

b. impact de la collégialité et des jurys, un moyen pour assurer une meilleure qualité des décisions ?

En faisant en sorte que le juge soit assisté, d'un jury ou de collègues, qui, eux aussi, ont un pouvoir de décision, le système contraint le juge qui ne pourra faire prévaloir ses propres préférences que dans des situations tout à fait exceptionnelles (par exemple si les autres membres

¹⁷²⁵ qui suppose une approche plus technique que politique des questions juridiques.

¹⁷²⁶ Il est donc parfaitement inefficace pour les avocats de présenter les faits d'une façon neutre, sauf peut être du point de vue de la rhétorique. Si le juge anticipe l'exagération, les avocats seront poussés à exagérer les faits. Mieux encore, plus l'exagération est importante des deux côtés, plus la « vérité » des faits (s'il y en a une) sera facile à atteindre.

partagent ses préférences, autrement dit si l'hétérogénéité n'est pas suffisamment assurée). Nous retrouvons la logique déjà présentée concernant la division interne du pouvoir : dès lors que le monopole est « brisé » la solution de concurrence aura plus de facilités à s'imposer.

En France, le système du juge unique est réservé aux affaires dont l'impact sur l'allocation des ressources n'est pas « important ». Ceci se comprend parfaitement économiquement : adjoindre un second juge a un coût trop important relativement aux bénéfices tirés de cette adjonction. Pourtant, si nous considérons que la règle de droit peut être modifiée et qu'elle pourra influencer postérieurement sur la résolution de situations dans lesquelles le montant en jeu est plus important, l'efficacité de cette solution sera plus délicate à justifier. Il faut alors considérer le tissu global des contraintes. Par exemple, le juge unique n'est qu'un juge de première instance et le système du juge unique n'existe pas en matière de cassation.

Si la question se complexifie ou si les montants en jeu sont plus importants, la tendance sera à l'augmentation du nombre de membres participant à la formation de jugement. Le système actuel des hautes juridictions permet de constater que plus la question soumise est jugée importante, plus la juridiction de jugement comprendra de membres (même si cette évolution est plus discrète que continue). Du point de vue du Conseil d'Etat par exemple, un arrêt de section n'a pas la même portée qu'un arrêt d'assemblée et le second sera jugé plus « important » que le premier.

La logique de la collégialité est au moins double : elle permet de limiter la possibilité pour le juge de faire prévaloir ses propres préférences¹⁷²⁷, et elle est supposée conduire, sous certaines hypothèses, à une « meilleure » qualité des décisions rendues¹⁷²⁸.

Sur ce dernier point, l'idée de meilleure qualité suppose l'existence d'un ensemble de critères. Kornhauser et Sager en proposent certains : obtenir des résultats justes, obtenir des solutions reflétant les préférences des membres du groupe, obtenir des résultats qui auraient été obtenus par le groupe de référence (lorsque la justice est rendue au nom du peuple français par exemple), obtenir des résultats sur lesquels il est possible de compter (ce qui se rapproche d'une forme de prédictibilité), et enfin l'apparence de justice. La question est alors de savoir, « *how, if at all, can these qualities of adjudication be improved by increasing the number of judges who make up a court ?* »¹⁷²⁹. Les

¹⁷²⁷ Ce point ne sera pas développé ici dans la mesure où il suffit de réaliser certaines analogies avec le procédé de division du pouvoir « classique ». Décider à plusieurs est toujours moins confortable que de décider seul.

¹⁷²⁸ Si les contraintes juridiques sont effectives, il sera plus probable que la décision du groupe conduise à une bonne décision. En effet, parmi ces contraintes, le respect de certaines conditions de « validité » de la solution est anticipé.

¹⁷²⁹ Lewis Kornhauser et Lawrence Sager, *Unpacking the Court*, 1986, *Yale Law Journal*, vol 96, pp 82-118, p 96

auteurs se concentrent ensuite sur la « justesse » du résultat (ce qui suppose que la justesse puisse aller au-delà de la satisfaction).

Condorcet est le premier à s'être intéressé à cette question et il a montré que si nous supposons que les individus ont une probabilité supérieure à 50% de ne pas se tromper dans une situation, cette probabilité tend vers 1 lorsque le nombre d'individus augmente et que la règle utilisée est celle de la majorité. Comme l'analyse économique s'intéresse à la dimension marginale, il importera de savoir de combien la probabilité augmente lorsque nous ajoutons un individu à la formation de jugement. Pour que cette solution soit valable, il faut supposer une certaine unidimensionnalité de la question et la possibilité pour les juges de se prononcer avec moins de 50% de taux d'échec (alors que ce sont les juges qui sont censés « déterminer » la solution¹⁷³⁰). Ces 50% peuvent se comprendre si le choix se situe entre le légal et l'illégal (il s'agit de supposer que les juges ont un taux d'erreur inférieur au facteur chance) ; ils peuvent difficilement se comprendre s'ils touchent une dimension plus spécifique de la décision.

Si nous couplons cette dimension avec la notion d'un débat d'idée à l'intérieur de la formation de jugement, la décision est susceptible, lorsqu'elle est « bien formée », de renforcer la probabilité de décision « correcte » (puisque deux cerveaux sont censés valoir mieux qu'un seul lorsque nous considérons que les rationalités sont limitées) ; la collégialité apparaît ainsi comme une règle procédurale pertinente. Il faudrait cependant que l'idéal de rationalité communicationnelle puisse se produire et démontrer que, par l'effet de la délibération, les solutions choisies par le groupe sont « bonnes ». Or, différentes études empiriques montrent que les groupes, lorsqu'ils sont trop homogènes, peuvent tendre vers les extrêmes, « *ideology is amplified when judges are sitting with like-minded others* »¹⁷³¹. La présence de normes « externes » sur lesquelles les juges peuvent se fonder, facilitera, lorsque les opinions sont divergentes, une communication « fiable ».

Afin que les individus puissent se comprendre et avancer, il est nécessaire qu'il existe un monde commun auquel se rattacher. La présence de normes externes (sociales et juridiques) et l'homogénéité de certaines préférences (acquises notamment par les études et le mode de sélection) devraient soutenir cet idéal de rationalité communicationnelle et donc permettre au

¹⁷³⁰ Autrement dit, si nous supposons qu'il n'existe pas de bonne décision en dehors de la décision prise selon les règles, la question de la collégialité perd de son intérêt, la question étant d'expliquer les raisons ayant poussé à adopter la règle de la collégialité... c'est-à-dire expliciter les postulats normatifs. Il est d'ailleurs délicat de déterminer la cause de l'effet en la matière.

¹⁷³¹ Sur ce point, voir par exemple, Cass Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, op cit, p 114 et plus spécialement chapitre 6 ; ou encore, pour en exemple empirique, David Schkade, Cass Sunstein et Daniel Kahneman, *Deliberating About Dollars : The Severity Shift*, 2000, *Columbia Law Review*, vol 100, pp 1139-1175, p 1172 : « *We have found that as compared with the median of individual judgments, deliberation makes low punishment judgments decrease and high punishment judgments increase* »

groupe de prendre une « bonne » décision. Lorsque le processus est celui de la recherche du consensus, l'émergence d'une rationalité communicationnelle devrait plus facilement émerger que lorsque la décision est prise à la majorité puisque, dans ce dernier cas, des comportements stratégiques pourraient émerger.

De même, plus un groupe est important, plus il sera difficile de considérer qu'il est partial (si une certaine hétérogénéité subsiste) ou corrompu. La taille du groupe est supposée renforcer la légitimité de la décision prise. Si une situation est jugée par un juge d'une certaine façon, il sera toujours possible de considérer qu'il n'a pas envisagé tous les problèmes ou toutes les options. Si une situation est jugée par dix juges, la solution apparaîtra plus « légitime » dans la mesure où il est possible de considérer qu'il existe une diversité suffisante dans les préférences des juges pour que la décision soit moins « partielle ». Cette légitimité sera renforcée par l'absence de possibilité pour les juges de fournir une opinion dissidente¹⁷³². L'absence d'une telle possibilité maintient en effet le mythe de la décision « scientifique » et « logique ». Une taille de groupe suffisante peut aussi limiter les soupçons de corruption lorsque la décision est prise à la majorité car le nombre de personnes à « acheter » devient trop important.

En ce qui concerne la cohérence des décisions du groupe, si les conditions de Condorcet sont remplies, les décisions seront nécessairement cohérentes (si nous supposons que la « vérité » ne peut être contradictoire). De même, il est possible, si une incohérence semble survenir, de considérer que le cas présent est en fait particulier et que donc l'incohérence n'est qu'apparente. L'interprétation est reine et l'incohérence n'est qu'une question de point de vue.

Plus théoriquement, si les conditions de Condorcet (et il serait possible d'ajouter les conditions permettant l'émergence d'une rationalité communicationnelle du type Habermas et notamment la construction d'un monde commun¹⁷³³) ne sont pas remplies, tout se complexifie. A la limite, il serait possible de transposer le théorème d'impossibilité de Arrow¹⁷³⁴ pour affirmer qu'aucune méthode de prise de décision mise en place par une formation de jugement ne permet « non arbitrairement » d'assurer une agrégation des préférences des juges et que, selon les méthodes de

¹⁷³² Sauf si nous considérons que la légitimité provient non pas de l'apparence technique de la solution mais de sa justification. Si le droit est perçu comme un arbitrage, la mise en évidence des arbitrages réalisés pourra être considérée comme conduisant à une solution « plus légitime » car il sera possible d'en apprécier les raisons. L'interdiction de telles opinions en France trahit une certaine conception concernant le sens du droit.

¹⁷³³ A la limite si le monde commun est partagé et n'est pas sans cesse remis en cause, les décisions seront cohérentes mais surtout la prédictibilité sera grande si les « axiomes » permettant de définir le monde commun sont explicites.

¹⁷³⁴ Sur ce point, voir Frank Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 1982, *Harvard Law Review*, vol 95, pp 802-832. Les prémisses du raisonnement ne semblent cependant pas complètement satisfaisantes.

décisions en vigueur, des problèmes de cyclicité peuvent se produire. Il faudrait pour cela que l'agrégation concerne les préférences et non les jugements (le jugement impliquant l'utilisation d'une norme extérieure à laquelle l'individu se conforme¹⁷³⁵), et que les critères posés par Arrow soient transposables au processus de décision (ce qui suppose, notamment que les juges ne communiquent pas entre eux et n'échangent pas leurs arguments, et donc que les normes de référence permettant le jugement soient explicites ou common knowledge). Néanmoins, les juges ne disposent pas d'un préordre complet concernant leurs préférences sur les alternatives possibles et ils ne cherchent pas à l'établir. Kornhauser et Sager considèrent que dans ces conditions la cohérence logique¹⁷³⁶ du groupe est assurée si la cohérence logique des individus du groupe est assurée : « *The suggestion that multi-member courts cannot act consistently is simply false* »¹⁷³⁷. Cette cohérence ne se retrouve pas au niveau de la « congruence » (au niveau des fondements de la décision) dès lors que les juges ne s'accordent pas sur les « normes du système » qui « doivent » prévaloir. Autrement dit, les normes qui ressortent de la décision du groupe, ne correspondent pas nécessairement à un droit dont les principes existent véritablement : « *There is no reason to infer from the fact that each judge's rule is legitimately derivable from a small set of general, consistent, and unitary premises that the court's amalgamated rule is similarly derivable* »¹⁷³⁸. Le droit est à proprement parler émergent et échappe, en partie, à l'influence des juges.

Dès lors que des comportements stratégiques peuvent entrer en ligne de compte, la cohérence logique du système peut être remise en cause. La publication des opinions des juges est néanmoins susceptible de contrer l'approche stratégique. Le fait que le délibéré soit secret peut en revanche conduire à de tels comportements que seules l'expérience et à la répétition des interactions entre les différents membres de la formation de jugement pourront contrer.

Enfin, si la solution résulte plus d'un consensus que d'une méthode précise de décision, la cohérence est assurée si les juges restent cohérents dans leurs choix ; si les juges partagent la même vision du système juridique, la congruence sera également assurée (sauf revirement de jurisprudence). Cette méthode ne peut cependant fonctionner que si les juges pensent (au moins

¹⁷³⁵ De même que la coordination au méta est plus aisée que la coordination « pure », les jugements conduisent à une plus grande prévisibilité que les manifestations de préférences.

¹⁷³⁶ Ils distinguent la cohérence logique (*consistency*) et la congruence (*coherence*). Cette dernière traduction n'est pas parfaite et les auteurs entendent davantage l'idée d'une cohérence logique renforcée par la cohérence dans les fondements des décisions. Cette cohérence dans le fondement des décisions peut, dans la décision de groupe, faire défaut.

¹⁷³⁷ Lewis Kornhauser et Lawrence Sager, *Unpacking the Court*, op cit, p 109. En tout état de cause, demander plus qu'une cohérence logique est trop fort. Il est délicat d'inférer des décisions du groupe des « critères » de décision.

¹⁷³⁸ Lewis Kornhauser et Lawrence Sager, *Unpacking the Court*, op cit, p 110

de façon idéale) qu'il existe une bonne solution (ou partagent une idée de bonne solution) et que leur mission est de la trouver. Cette croyance permet au juge de rejeter ses préférences au profit du jugement « impartial » et il est probable que la sélection ou la formation conduisent à sélectionner des individus de ce type.

Sans qu'il soit nécessaire de développer plus avant cette question, il semble que la collégialité et l'assistance d'un jury peuvent permettre d'atteindre une meilleure qualité de décision, même si aucune garantie n'existe. Il existe une « croyance » dans la meilleure qualité des décisions collégiales, croyance fondée sur l'idée que les juges « jugent » et ne font pas simplement qu'exprimer leurs préférences. Or pour que les juges « jugent », ils doivent respecter un certain nombre de méta-normes considérées comme fondamentales : le jugement ne pourra se faire que dans le cadre de ce jeu normatif.

Du point de vue de ces contraintes, celles-ci seront d'autant plus fortes que le principe sera celui de la recherche d'un consensus. Rechercher le consensus, c'est au moins partager l'idée d'une solution juridique satisfaisante ; se posera alors le problème de la définition du cadre de référence, fourni en partie par la logique procédurale du droit (mais aussi par les normes sociales et autres méta-normes). Si les décisions sont prises à l'issue d'un vote, la contrainte sera moins sévère dans la mesure où il sera plus « aisé » de convaincre une majorité que de convaincre une unanimité.

2. Les contraintes juridiques verticales : le risque pour le juge de voir sa décision renversée

Parmi les contraintes spécifiques, la forme de contrainte la plus puissante repose sur la possibilité pour les juges que leurs décisions soient renversées¹⁷³⁹. Si un juge souhaite la modification d'une norme de coordination et qu'il a la possibilité de le faire lors d'un de ses jugements, l'impact sur la norme ne sera pas intangible si son jugement est renversé. Les contraintes verticales conduisent donc à limiter la possibilité d'influence d'un seul juge sur le droit. La possibilité de renversement d'une décision conduit à une certaine stabilité du droit. En effet, en supposant qu'il existe un coût pour le juge lorsque son jugement est renversé, il ne proposera des « revirements » de jurisprudence que lorsque le bénéfice de ce revirement sera supérieur à son coût (du point de vue individuel), ce qui assure, toutes choses égales par ailleurs, une plus grande stabilité.

L'existence de ce coût est assez évidente. Posner indique ainsi que « *District judges also do not like to be reversed. Even though a reversal has no tangible effect on a judge's career if he is unlikely to be promoted to the*

¹⁷³⁹ et ce d'autant plus si le juge est sélectionné parmi les individus dont l'aversion pour le risque est importante

court of appeals in any event – and little effect even then – it can imply criticism rather than merely disagreement, and no one likes a public rebuke »¹⁷⁴⁰. Dans le même sens, Higgins et Rubin affirment que : « *as a judge is reversed more, he would become less well thought by his colleagues and thus less likely to be promoted* »¹⁷⁴¹. Autrement dit, le fondement du coût lié au renversement d'une décision peut se trouver dans le système d'évolution de carrière¹⁷⁴², dans la volonté de maintenir un certain prestige ou une certaine réputation, ou dans la volonté d'appartenir à une communauté. La possibilité de renverser une décision d'un juge ne conduira donc à une plus grande uniformité que si l'un de ces fondements est présent dans le système. Le mécanisme de sélection des juges devrait permettre de promouvoir ces différents caractères si la stabilité du droit est une valeur recherchée (ce qu'elle est généralement ; économiquement cette stabilité dans la structure normative est même déterminante pour l'efficacité économique car elle permet des anticipations de meilleure qualité).

Si l'un quelconque de ces coûts est présent au moment de la décision du juge, ce dernier devra tenir compte des paramètres permettant à son jugement de ne pas être renversé. Il anticipera donc le comportement de la juridiction susceptible de renverser son jugement et aura deux possibilités : soit opter pour le statu quo et respecter la jurisprudence de cette dernière, soit opter pour un revirement (total ou partiel) et prendre le risque de se faire renverser. *La règle par défaut est celle du statu quo, d'où la stabilité du droit.*

D'une façon un peu plus formelle, soit p la probabilité anticipée que le jugement se fasse renverser, B le bénéfice anticipé retiré de la validation de sa décision (touchant à la fois celui tiré de la sélection de la nouvelle règle et du prestige retiré par l'introduction de cette nouvelle règle dans le système), C le coût anticipé (en valeur absolue) lié au renversement de sa décision et T le travail supplémentaire que le juge doit accomplir afin de modifier la règle (puisqu'il devra notamment rechercher de nouveaux fondements), le juge ne tentera de modifier le droit existant que si :

$$0 < p.B - (1-p).C - T$$

Le système permet donc d'assurer une certaine stabilité du droit, mais non d'assurer que les jugements soient « bons ». En effet, afin que les jugements tendent effectivement vers un « mieux », il faudrait que la probabilité de se faire renverser soit une fonction décroissante de la

¹⁷⁴⁰ Richard Posner, *How Judges Think*, op cit, p 141; voir aussi Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e, op cit, pp 542-545 et plus spécialement p 542.

¹⁷⁴¹ Richard Higgins et Paul Rubin, *Judicial Discretion*, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 129-138, p 130

¹⁷⁴² ce qui laisserait penser que lorsqu'un juge ne peut plus être avancé, en raison de son âge ou de sa position, il tendra à moins tenir compte de ce paramètre

qualité de la décision. Or, les standards touchant la qualité de la décision (à la fois dans le fond et dans la forme) dépendent totalement, dans ce modèle, de la juridiction de dernier ressort. Ainsi, *plus la juridiction de dernier ressort veillera au respect des normes d'un bon jugement, plus les juridictions inférieures seront incitées à respecter ces normes*. Les règles de procédure ne seront ainsi respectées par le juge que si elles sont effectivement « protégées » par les juridictions supérieures. Dans ce modèle, en supposant une certaine cohérence de la jurisprudence des juridictions supérieures, tout arrêt est un arrêt de principe puisqu'il est susceptible d'être pris en compte par une juridiction inférieure au niveau de la prise de décision même si, en France, elle ne peut servir de fondement à celle-ci. Toute jurisprudence s'inscrit donc sur un continuum entre décision d'espèce et décision de principe où chacune de ces catégories n'est qu'un idéal type et ne fait que retranscrire l'idée de pondération dans la prise en compte des décisions antérieures.

Le juge a intérêt à favoriser la stabilité du droit même si ces mécanismes ne sont pas présents. En supposant que le temps de travail compte pour le juge, assurer la stabilité du droit, c'est éviter que certaines affaires lui soient soumises ; si les individus sont suffisamment rationnels et que le droit suffisamment stable, les chances de « transactions » entre les parties seront plus élevées et le recours au juge inutile. De même, la réputation du « corps de métier » peut inciter à assurer cette stabilité dès lors qu'elle est valorisée par les membres de la société civile.

Dans un tel schéma, et en l'absence d'une structure sous-jacente parfaitement cohérente lors de la prise de décision, le respect des règles antérieures est susceptible de conduire à des situations de dépendance par rapport au chemin. Plus l'attachement aux précédents sera important, plus le système sera susceptible d'engendrer une telle dépendance.

Lorsque qu'une décision est rendue en dernier ressort, la « validité » de cette décision ne peut plus être « contrôlée ». Le poids des juridictions susceptibles de statuer en dernier ressort est déterminant pour l'ensemble du système car ces juridictions sont « capables » de faire prévaloir leurs préférences dans l'espace de liberté laissé par les contraintes externes (normes sociales et normes juridiques). Ceci explique pourquoi ces hautes juridictions sont, en principe, composées de membres âgés ayant souvent fait carrière dans le système, privilégient des formations de jugement dans lesquelles la collégialité est la règle, revendiquent le principe de décision consensuelle, et cherchent à « afficher » l'impartialité des décisions rendues.

En ce qui concerne le premier paramètre, plus un membre est âgé, plus ses préférences seront stables et donc plus il sera prévisible. De même, avoir fait carrière et réussi dans le système juridique suppose une internalisation profonde des normes régissant ce système et donc l'acquisition de préférences permettant au juge de s'autolimiter sans percevoir ceci comme une « contrainte » (l'action se fait directement au niveau du vouloir et non simplement au niveau du

pouvoir). Ceci facilite aussi la « transmission » de la culture juridique (puisque, dans un premier temps, il faudra respecter les normes posées par les hautes cours, le meilleur moyen de le faire étant de les internaliser, ce qui conduit à les perpétuer une fois membre de ces hautes cours). L'absence de contrôle sur les décisions de ces juridictions peut aussi pousser les juges, en vue d'assurer leur pérennité, à afficher l'impartialité, la cohérence (voire même la congruence) et même la scientificité de leurs décisions. Plus un pouvoir semble contraint, moins ses décisions apparaissent arbitraires dans la culture française. Le principe de collégialité et le « consensualisme » vont dans le même sens.

Sous l'angle économique le droit apparaît donc comme le produit d'une structure juridique et non comme l'objet utilisé par une structure juridique. L'architecture du système juridique et judiciaire détermine le jeu du droit et donc les règles à respecter. La solution juridique n'est pas sélectionnée sans une anticipation du comportement des autres acteurs du jeu juridique en réponse à la solution proposée. L'analyse économique nous incite ainsi à nous interroger sur les pratiques du droit et nous permet de nous les réapproprier.

Chapitre 2. L'application du codage économique à un objet « droit » déjà formé, une approche « réaliste » du droit ?

« "Law" is a word like "religion", "time", "politics", "democracy", and "beauty" that can be used without creating serious problems of comprehension but cannot be defined unless the purpose of the definition is understood »¹⁷⁴³

Richard Posner

« Though commentators often characterize economic analysis of law as providing a comprehensive theory of law, its narrower ambitions become apparent when one realizes that economic analysis of law has not explicitly addressed the question "What is law?". Indeed, economic analyses of law generally presuppose a concept of law in that the law is uncontroversially known to all actors. »¹⁷⁴⁴

Lewis Kornhauser

Le théoricien du droit approchant l'analyse économique du droit est souvent perplexe car il ne semble pas pouvoir y trouver une réelle définition du droit. Si l'analyse économique du droit expose sa méthode, son objet reste flou. En 1997, le *Harvard Journal of Law and Public Policy* a consacré un de ses numéros à l'analyse des relations entre l'analyse économique du droit et la *Rule of law*¹⁷⁴⁵. Un groupe de réflexion était chargé de s'interroger sur la signification de « Law » pour le mouvement *Law & Economics*¹⁷⁴⁶. Force est de constater que les réponses apportées apparaissent, pour le théoricien du droit, insatisfaisantes. La plupart des auteurs ont une conception du droit « peu sophistiquée » : aucun ne cherche à en donner une définition à partir de l'analyse économique (la méthode ne semble donc pas construire son objet) ou à expliquer pourquoi une telle définition est problématique. Le concept de droit ne fait ainsi l'objet d'aucun

¹⁷⁴³ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 220

¹⁷⁴⁴ Lewis Kornhauser, *The Economic Analysis of Law*, op cit

¹⁷⁴⁵ Collectif, *Symposium: Law and Economics and the Rule of Law*, op cit

¹⁷⁴⁶ Quatre articles ont été publiés: Lillian BeVier, *Law, Economics, and the Power of the State*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 5-10; Henry Manne, *The Judiciary and Free Markets*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 11-38; Stephen Williams, *Limits to Economics as a Norm for Judicial Decision*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 39-45; et Mark Tushnet, *Law, Science and Law and Economics*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 47-52

débat et aboutit à des définitions circulaires : « *It seemed blindingly obvious and redundant that the « law » in law and economics is what a layperson would think of as law. It comprises all of the bills that Congress passes and the President signs, all of the regulations and decrees, decisions and orders, injunctions and mandates that fill the ever expanding volumes of the Federal Register, the federal and state reporters, and the Statutes at Large* »¹⁷⁴⁷.

Sans une théorie du droit, l'analyse économique du droit reste soumise à l'analyse juridique qui en détermine l'objet ou plus précisément aux analyses juridiques (l'analyse économique serait une méthode « universelle » d'analyse puisqu'elle ne semble pas avoir à s'adapter en fonction de son objet). L'analyse économique du droit est donc compatible avec n'importe quelle forme de positivisme (au sens où ce type d'analyse ne conduit pas à définir le droit par sa substance mais par sa forme) puisque ses outils peuvent s'appliquer à n'importe quel système considéré comme du droit. Posner peut alors affirmer : « *Because Kelsen's concept of law is content-free, he can be described as a pragmatic positivist* »¹⁷⁴⁸.

L'analyse économique du droit demande cependant (ou se doit de construire) un concept suffisamment « unifié » de droit, sans lequel elle ne pourra être considérée comme une théorie du droit mais comme une approche qui peut s'appliquer à un objet appelé droit. Dès lors que le droit est censé avoir un impact sur les individus – le droit est un système de normes et l'analyse économique du droit vise avant tout une approche fonctionnelle du droit (Section 1) –, il est nécessaire, pour que ce droit soit efficient, que les individus s'entendent au minimum sur les règles qui seront considérées comme du droit (sur les règles de reconnaissance). *L'analyse économique du droit ne propose pas un critère permettant de discriminer entre droit et non droit ; elle se construit à partir d'un concept déjà formé dont elle « explique » l'impact ou l'origine.* Plus encore, le droit n'apparaît que comme un système de gouvernance spécifique¹⁷⁴⁹ et même comme un sous-système de gouvernance au sein d'un système normatif plus vaste. Nous pourrions constater que l'analyse économique suppose, en plus de l'absence de problème concernant la reconnaissance du droit, l'absence de problème en ce qui concerne le contenu du droit, du moins lorsqu'elle cherche à analyser les conséquences de l'introduction d'une norme dans un système.

L'analyse économique du droit tente même de « dissoudre » le problème de la définition de son objet en appelant à une approche pragmatique du droit. Pour Posner, ce qu'est le droit est une

¹⁷⁴⁷ Lillian BeVier, *Law, Economics, and the Power of the State*, op cit, p 5. L'auteur présente une réflexion plus aboutie mais traduit parfaitement l'idée que l'interrogation du concept de droit en analyse économique du droit est relativement pauvre. Aucun manuel ne tente d'ailleurs une définition du droit autre qu'une définition par la « présentation » de ce qu'est le droit.

¹⁷⁴⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 270

¹⁷⁴⁹ Par exemple, Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law*, 2004, *Chicago Kent Law Review*, vol 79, pp 355-381, p 355

question « *that has little practical significance if, indeed, it is a meaningful question at all* »¹⁷⁵⁰. En effet, le droit ne serait que « *an activity of licensed professionals (judges and lawyers), cabined by vague but powerful notions of professional propriety rooted ultimately in social convenience or, equivalently, durable public opinion. Positive law and natural law materials are inputs into the activity we call law* »¹⁷⁵¹. Si le droit n'est plus qu'une activité d'individus rationnels, l'analyse économique du droit retrouve toute sa force. La question principale de la perception du droit comme activité sera alors celle de la décision judiciaire (section 2), de la méthode d'approche des problèmes juridiques et de la prédiction des actions des individus « soumis » à un tel système.

L'analyse économique du droit se veut donc réaliste¹⁷⁵² car elle cherche à comprendre les « réels » effets du droit, sans chercher à définir ce dernier. Le droit serait un phénomène social presque « objectif » qu'il s'agit de « décrire » dans son fonctionnement. L'analyse économique est aussi réaliste dans la mesure où « *law and economics evolved out of the agenda of legal realism. Legal realism taught that legal scholars should study the law as it works in practice by making use of the social sciences, and economics was one of the social sciences to which academic lawyers turned* »¹⁷⁵³. La question n'est dès lors plus de savoir ce qu'est « abstraitement » le droit mais de considérer que ce qu'il est correspond avant tout à ce qu'il fait¹⁷⁵⁴ : *l'approche du droit que nous propose l'analyse économique du droit est avant tout fonctionnelle* et se centre sur le problème de la décision en droit.

¹⁷⁵⁰ Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*, 1987, *Harvard Law Review*, vol 100, pp 761-780, p 765; voir aussi, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, chapitre 7.

¹⁷⁵¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 239

¹⁷⁵² Le concept de « réalisme » est tout aussi polysémique que le concept de « positivisme ». Sur la diversité des conceptions, voir Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, spécialement chapitre 2. Le réalisme est avant tout une opposition au formalisme langdellien. De ce point de vue l'analyse économique du droit n'est pas « complètement » réaliste. Si l'approche réaliste vise à s'intéresser au droit en action, l'analyse économique du droit est clairement une sous-catégorie de réalisme. De la même manière, si nous considérons avec Neil Duxbury (*Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 130) que l'un des traits du réalisme est la volonté de promouvoir une forme de certitude en droit, l'analyse économique du droit se situe dans une telle mouvance. Cette quête de la certitude et de la scientificité du droit constitue un des traits caractéristiques de l'analyse économique du droit : elle fonde sa méthode et permet une approche critique de ses résultats.

¹⁷⁵³ Edmund Kitch, *The Intellectual Foundations of Law and Economics*, op cit, p 184; dans le même sens, voir Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, op cit, p 270 : l'auteur précise que l'analyse économique du droit est réaliste dès lors qu'on considère que « *the primacy legacy of realism to be the bringing together of law and social sciences* »; Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 301 : « *In the literature of legal realism, more or less any social science – economics, psychiatry, psychology, whatever – was deemed to be somehow useful. Economics was but one tool among many. It was accorded no special status* » (cette remarque permet d'intégrer à la fois l'analyse économique du droit et le behavioral law and economics); John Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, 1995, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 418 pages

¹⁷⁵⁴ Il serait possible de faire un parallélisme avec l'existentialisme : l'existence précède l'essence, l'action précède la substance. Plus philosophiquement, ceci traduit l'approche scientifique moderne qui se désintéresse de la question de la substance pour s'intéresser à la question de la relation.

Section 1. L'analyse économique d'un droit « constitué », une approche essentiellement fonctionnelle du droit

« *The difference from Langdell's day – a difference that was the legacy of Holmes and the legal realists – was that law now was recognized to be a deliberate instrument of social control, so that one had to know something about society to be able to understand law, criticize it, and improve it* »¹⁷⁵⁵

Richard Posner

« *I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants – the claims and demands and expectations involved in the existence of civilized society – by giving effect to as much as we may with the least sacrifice, so far as such wants may be satisfied or such claims given effect by an ordering of human conduct through politically organized society* »¹⁷⁵⁶

Roscoe Pound

Le code économique se fonde sur les notions de rationalité et d'efficacité. Il s'agit de comprendre comment les individus agissent pour déterminer si le produit de leurs interactions est efficace. Le droit, économiquement, est censé pouvoir modifier les comportements des individus et l'allocation des ressources résultant de leurs interactions afin de promouvoir l'efficacité.

L'analyse économique (contrainte par son code) perçoit le droit uniquement dans sa dimension fonctionnelle : le droit a un « but » (qui peut être pluriel ; dès lors que la multidimensionnalité des problèmes est acquise, une règle ne peut viser en général un seul objectif), il n'est qu'un instrument¹⁷⁵⁷ permettant de modifier l'allocation des ressources. *Le droit se manifeste concrètement, et*

¹⁷⁵⁵ Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*, op cit, p 763

¹⁷⁵⁶ Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, [1954] 1982, Yale University Press, New Haven, 201 pages, p 47

¹⁷⁵⁷ La conception instrumentale du droit ressortant de l'analyse économique du droit peut se présenter sous différentes formes et s'interpréter de différentes façons. L'analyse la plus aboutie est certainement celle de Lewis Kornhauser, *Legal Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, spécialement chapitre 2. Il est ainsi possible d'avoir une conception instrumentale de l'ensemble du système, ou de certaines institutions, voire simplement d'une règle particulière. De la même manière, la qualification d'instrumentalisme peut renvoyer au fait que le droit n'est qu'un moyen vers une fin, qu'il a une influence sur le comportement des individus ou que les conséquences d'une règle juridique sont effectivement souhaitées. Pour Kornhauser (ibid, p 21) : « *Instrumentalism thus claims more than simply that the law has consequences or influences behavior in some way. The agent must aim at the consequences that the law has* ». L'idée de l'instrumentalisme se retrouvera dans la suite de notre thèse.

*c'est cette dimension qui intéresse avant tout l'analyse économique du droit*¹⁷⁵⁸. Il s'agira par exemple de comparer les conséquences souhaitées par le « régulateur » et les conséquences prévisibles dans le cas des modèles économiques. Le cas échéant, il sera possible d'ajouter la dimension d'efficacité.

Afin que le droit puisse véritablement influencer le comportement des individus rationnels, il doit exister un « prix »¹⁷⁵⁹ pour son non respect. Le droit se constitue en système d'incitation. L'analyse économique du droit interprétera un système juridique en recherchant de tels « prix » (si une règle est respectée) ou cette absence – ou inadaptation – de « prix » (si une règle n'est pas respectée). Autrement dit, *le droit est, sous le prisme de l'analyse économique, un système de prix auquel les individus rationnels vont répondre* (§1). L'analyse économique du droit pourra ainsi expliciter les conséquences de l'introduction des règles juridiques et formuler des recommandations relatives à certaines caractéristiques abstraites d'un « bon » système d'incitation.

Si le droit est perçu comme un simple système de prix et d'incitations, le droit ne connaît pas, « virtuellement » au moins, de limites substantielles, sa « légitimité » n'a plus d'importance. Sous l'angle économique, la principale raison conduisant un individu à respecter le droit est la peur de la « sanction » liée à son non respect ; l'analyse économique est ainsi souvent perçue comme une « *bad man* » théorie du droit¹⁷⁶⁰. Cette approche ne semble pas pouvoir analyser, a priori, la « normativité du droit » (§2) et apparaît incomplète (au moins sur cette dimension), ou profondément « reconstructrice » des catégories avec lesquelles « pense » le droit.

§1. Le droit comme système de prix et système d'incitation

Si le droit veut pouvoir agir sur le comportement des individus, il doit faire en sorte que les règles juridiques soient prises en compte par les individus qu'il entend régir. Pour cela, le droit, *sous l'angle économique*, devra « influencer » sur la maximisation sous contrainte des individus. Théoriquement, la méthode consiste à agir sur la contrainte budgétaire en ajoutant des « coûts » à

¹⁷⁵⁸ L'analyse économique est soit antérieure au droit (lorsqu'elle en explique la logique d'émergence), soit postérieure (lorsqu'elle en développe les conséquences). Il n'existe pas une analyse économique de l'objet droit dans son « essence », seule l'action du droit est perçue. Cette conception est tout à fait moderne puisque la catégorie de la relation est première.

¹⁷⁵⁹ Nous utilisons ici le concept générique et non technique de la notion de prix. En effet le prix du droit est plus généralement une sanction. Sur la distinction entre prix et sanctions, voir Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, 1984, *Columbia Law Review*, vol 84, pp 1523-1560, notamment p 1523 : « *Conversely, the economic perspective is blind to the distinctively normative aspect of law, viewing a sanction for doing what is forbidden merely as the price of doing what is permitted* ». Ce point sera particulièrement développé par la suite.

¹⁷⁶⁰ Posner fait de nombreuses références à Holmes, ce qui n'est pas surprenant.

certaines actions. Lorsque les individus sont supposés rationnels, la « sanction »¹⁷⁶¹ devient d'une importance cruciale pour l'effectivité du système juridique (A).

Economiquement le droit est une dimension de la structure d'un ordre social, un système normatif *a priori* comme les autres. Cette approche est-elle à même de nier toute spécificité du droit en transformant l'analyse économique du droit en une analyse économique des systèmes normatifs (B) ? Existe-t-il des spécificités « économiques » des systèmes juridiques ? Cette dimension n'est que très rarement analysée¹⁷⁶². Il s'agira de dépasser l'approche économique de l'émergence des systèmes juridiques pour en interroger plus directement la substance. Cette analyse vient donc compléter l'approche du droit comme produit du système économique.

A. La centralité du mécanisme de sanction pour l'analyse économique

L'analyse économique du droit, dans sa dimension positive cherche à « prévoir » le comportement des individus face à une règle spécifique. Economiquement, l'introduction de la règle doit avoir pour conséquence de modifier le comportement des individus dans le sens « souhaité »¹⁷⁶³. Si aucune modification ne se produit, l'introduction de la règle étant coûteuse, il existe un gaspillage des ressources. La règle est alors « inutile » (même s'il est toujours possible de la considérer comme « juridique » du point de vue du droit¹⁷⁶⁴).

Afin qu'une modification puisse se produire, la sanction de la violation de la règle est fondamentale. Le raisonnement économique met en évidence la logique de la sanction et son importance pour l'effectivité du système (1). La présence d'une sanction n'est cependant pas suffisante pour assurer cette effectivité et le système normatif semble devoir recouvrir d'autres caractéristiques abstraites (2).

¹⁷⁶¹ Nous entendons ici la sanction au sens général et non la sanction « juridique ». Economiquement rappelons que l'absence de gain est un coût. Si une règle prévoit de « récompenser » certains comportements, cela augmente, toutes choses égales par ailleurs, le coût des autres comportements.

¹⁷⁶² La seule exception que nous ayons trouvée appartient à Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law*, op cit. L'auteur précise d'ailleurs que : « *No one in the current debate advocates a social scientific concept of law that best promotes our systematic understanding of the emergence and maintenance of social structures* ». Une autre exception sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir peut se trouver dans les travaux de Kelsen.

¹⁷⁶³ Il est délicat de déterminer si le comportement souhaité peut être attribué à une entité ou un individu spécifique. Si nous considérons cependant que l'introduction d'une règle juridique a pour objectif de modifier la situation existante vers un « mieux », il est possible d'évaluer les conséquences de la règle, même si le « but » de celle-ci n'est pas nécessairement explicite.

¹⁷⁶⁴ Du point de vue économique, il ne semble pas nécessaire de considérer que la règle est une règle juridique. En effet, une des spécificités du droit doit être une modification des comportements. Sans engendrer des modifications, le droit peut être soit considéré comme « mauvais », soit comme du « non droit ».

Il s'agit de dégager un ensemble de méta-normes auquel doit se soumettre un système juridique qui vise l'efficacité. C'est au regard de ces méta-normes que le système juridique pourra être « critiqué » économiquement. *Ces méta-normes sont déduites du code économique si bien que les critiques économiques possibles dépendent du système de codification choisi* (du point de vue économique choisi, donc du sous-code économique), même s'il existe une certaine « unité » de structure dans les critiques « économiques ». Par exemple, l'adoption d'un modèle de rationalité adaptative n'entraînera pas les mêmes critiques que l'adoption d'un modèle de rationalité néoclassique. Nous présenterons ici un ensemble de méta-normes « générales » et adaptables en fonction du sous code choisi.

1. La logique économique de la sanction, inciter les individus à adopter un comportement optimal

Un système juridique, du point de vue économique, doit d'inciter les individus à se comporter autrement qu'ils ne l'auraient fait sans ce dernier. L'introduction d'une norme juridique doit entraîner une modification des comportements et conduire les individus à adopter un comportement plus « optimal » du point de vue social. Comme le problème provient en principe d'une différence entre le coût privé et le coût social (le coût privé étant plus faible que le coût social), il s'agira de « sanctionner » le comportement des individus en augmentant ainsi leur coût privé. Sans sanction, les individus rationnels ne seront pas incités à modifier leurs comportements.

Il existe différents types de sanctions, nous nous intéresserons ici plus spécifiquement aux sanctions « juridiques », c'est-à-dire aux sanctions posées et mises en œuvre par le droit en cas de non respect d'une norme¹⁷⁶⁵. Il est cependant rare que les sanctions juridiques soient les seules à sanctionner un comportement. Les normes sociales influencent, elles aussi, le comportement des individus et renforcent parfois l'impact du droit (*infra*).

Afin d'explicitier économiquement le mécanisme de sanction, nous prendrons l'exemple de la responsabilité et du coût de précaution. Cooter définit l'idée de précaution de la façon suivante : « *any costly activity that reduces external costs* »¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶⁵ En supposant que le droit intervient dans un environnement normatif déjà existant, seule une sanction juridique, en première analyse, permettrait de modifier l'équilibre des comportements. Le raisonnement est cependant plus subtil dans la mesure où il intègre aussi l'articulation entre les ordres sociaux. La question de la force « expressive » du droit sera analysée par la suite. Nous présenterons ici une approche relativement schématique, notamment car l'analyse économique du droit ne permet pas d'identifier la sanction juridique en tant que « juridique » (*infra*).

¹⁷⁶⁶ Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, op cit, p 1525

Supposons qu'un individu doive choisir, avant d'agir, le niveau de précaution qu'il prendra. Comme l'augmentation de ce niveau conduit à une augmentation des coûts, l'individu égalisera le bénéfice marginal des précautions et le coût marginal de celles-ci. Si l'activité ne produit aucune externalité, le coût social sera égal, à la marge, au coût privé et l'individu sélectionnera donc automatiquement le niveau de précaution adéquat. Si l'activité produit une externalité, l'individu ne devra pas simplement sélectionner le niveau de précaution correspondant au coût privé, il devra être incité, lorsque les coûts de transaction sont élevés, à sélectionner un niveau de précaution supérieur, afin que celui-ci soit optimal (le niveau de précaution pour lequel le coût social est minimum).

S'il est possible de déterminer le niveau « optimal » de précaution permettant de minimiser le coût social (et ce à un coût non prohibitif), il suffira, par une règle juridique, de sanctionner tout comportement dont le niveau de précaution n'est pas optimal socialement. *L'objectif de la sanction est de faire coïncider le niveau de précaution optimal au niveau social et le niveau de précaution optimal au niveau privé* (le système le plus simple serait de fixer la sanction au niveau du coût de l'effet externe, même si le « risque » est alors de la transformer simplement en prix¹⁷⁶⁷ et de brouiller ainsi toute distinction). Tant que le niveau de précaution de l'individu ne dépassera pas un certain seuil, son comportement sera sanctionné. Une fois le seuil dépassé, son comportement ne pourra pas être remis en cause (il s'agit en fait de déterminer le standard de la « faute »). Par exemple, au niveau de la circulation automobile, les limitations de vitesse peuvent être considérées comme des seuils à ne pas dépasser, sous peine de se faire sanctionner. Le standard du bon père de famille suit aussi cette logique. Enfin une grande partie du droit pénal vise à sanctionner un acte sans s'interroger (trop) sur le véritable « coût » de cet acte (car la détermination du coût serait elle-même beaucoup trop coûteuse, à la fois en termes de résolution d'une situation juridique et d'incitations¹⁷⁶⁸). Il faut réserver les cas d'exonération qui reviennent à « balancer » les coûts et les bénéfices de l'action litigieuse. L'état de nécessité correspond, par exemple, à ce genre de situation.

Economiquement, *la sanction va créer une discontinuité dans la fonction de coûts privés de l'individu*. Formellement, soit x^* le niveau de précaution optimal, x le niveau de précaution de l'individu, $p(x)$ la probabilité qu'un problème survienne, et $D(x)$ le niveau de dommage susceptible de

¹⁷⁶⁷ En effet, si le coût est connu, il est préférable d'utiliser la technique des prix plutôt que celle de la sanction qui ne tient moins compte de l'efficacité globale de l'action. On suppose que la régulation du comportement est supposée conduire à la situation optimale.

¹⁷⁶⁸ En établissant un standard permettant de ne pas être sanctionné, on « clarifie » les situations des individus. En situation de rationalité limitée, cette conception purement procédurale est évidemment à privilégier.

survenir. La sanction correspond ici au fait que l'individu devra payer pour les dommages causés uniquement si son niveau de précaution est inférieur au seuil x^* ¹⁷⁶⁹.

1) si $x < x^*$, le coût de l'individu correspondra à $x + p(x)D(x)$

2) si $x > x^*$, le coût de l'individu correspondra à x .

Le système de sanction conduit idéalement l'individu à sélectionner $x = x^*$, autrement dit x^* doit correspondre au point de minimisation des coûts privés. Dans le système que nous avons décrit, sauf si le niveau de sanction est trop faible, la minimisation des coûts privés entraînera la sélection du point $x = x^*$ car passé ce seuil, l'individu devra essayer de minimiser x , et x^* correspond à ce point (le coût de précaution étant strictement croissant, sur l'intervalle $[x^* ; +\infty]$, le minimum est à x^*).

Si le niveau optimal de précaution est trop coûteux à déterminer (ex post ou ex ante), le système peut opter pour un autre mécanisme de « sanction » pouvant déterminer le coût social de l'action d'un individu (techniquement, la sanction est d'une nature différente que le mécanisme de sanction présenté précédemment puisqu'il s'agit plutôt d'un recours au système de prix)¹⁷⁷⁰. Le cas typique est celui d'un système de responsabilité sans faute : il est délicat de déterminer de façon centralisée le niveau optimal de précaution en matière d'activités de surveillance de l'Etat. En revanche, il est aisé de déterminer le coût des dommages engendrés par un individu qui était sous la responsabilité de l'Etat. Ce mécanisme de responsabilité incitera l'Etat à déterminer son niveau de précaution optimal concernant les activités de surveillance puisque sa fonction de coût privé sera la même que la fonction de coût social (fonction de coût social « connue » par les autorités). Nous supposons donc que la personne responsable a une meilleure information que le législateur (au sens large).

¹⁷⁶⁹ Si nous sommes dans un cas de responsabilité sans faute, le coût privé tient compte automatiquement du coût social si bien que l'individu choisira $x = x^*$. Aucune sanction n'est nécessaire. Ce modèle constitue la base à partir de laquelle la plupart des modèles touchant le droit de la responsabilité sont construits. Notons que le même résultat peut être obtenu uniquement en considérant une sanction forfaitaire S obligatoirement payée chaque fois que le comportement n'est pas jugé optimal. Dans la terminologie de Cooter, le premier modèle correspond à un mécanisme de sanction et le deuxième (responsabilité sans faute) à un mécanisme de prix. Cooter en tire plusieurs conclusions. Ainsi, par exemple : « *The amount of precaution an actor takes is more elastic with respect to changes in prices than to changes in levels of sanctions* » ou encore « *a small change in a sanction usually causes a small number of people to change their behavior a lot [...] a small change in price will cause many people to change their behavior a little* » (Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, op cit, pp 1529-1530, p 1531)

¹⁷⁷⁰ Economiquement la question est de savoir s'il est plus aisé de déterminer le prix ou les quantités. De nombreuses études ont été réalisées sur le sujet notamment en matière de pollution. Le système de prix correspond à l'idée selon laquelle il faut payer pour pouvoir exercer une activité (qui n'est alors plus légale ou illégale par elle-même).

Le droit pénal illustre la distinction entre le prix et la sanction. Supposons qu'un individu commette un meurtre. Il est possible de le « sanctionner » de deux façons. La première, traditionnelle, consiste en une sanction (une peine de prison par exemple). La seconde, moins fréquente, vise à faire payer à l'individu le prix de son infraction, même si ce prix est très délicat à déterminer. Le système de prix est plus précis que le système de la sanction, lorsque la détermination du prix est possible.

Cooter résume parfaitement l'optimalité des systèmes en fonction de deux paramètres¹⁷⁷¹ : la capacité à déterminer les coûts sociaux et la capacité à déterminer les bénéfices sociaux. Si l'observation des coûts et des bénéfices sociaux est plus efficiente au niveau centralisé, le système de la sanction en cas de dépassement d'un seuil de tolérance (par exemple les limitations de vitesse) sera choisi. Si l'observation de ces coûts et bénéfices est plus efficiente au niveau décentralisé, le respect d'un standard communautaire pourra jouer le rôle de seuil (par exemple le bon père de famille). En cas d'asymétrie (le niveau centralisé est plus pertinent pour déterminer soit les coûts soit les bénéfices sociaux), le système sera celui du prix, c'est-à-dire que l'individu devra payer la totalité du coût de ses actions¹⁷⁷² (mécanisme de la responsabilité sans faute) et sera ainsi incité à internaliser le coût social de ses activités.

Ces différents mécanismes permettent d'inciter l'individu à sélectionner le niveau de précaution optimal et, par extension, le comportement optimal. Un tel mécanisme semble cependant considérer qu'il existe un lien nécessaire entre la norme sanctionnée et le comportement des individus. Comme le précise Posner, « *To say of an act that it is unlawful is to predict certain consequences if the act is performed, just as to say that an object is heavy is to predict certain consequences if it is dropped or thrown* »¹⁷⁷³. L'analyse économique afin de pouvoir prédire les comportements des individus doit, sur ce point, « dépasser » l'analyse kelsenienne. Dans cette dernière, la distinction entre le principe de causalité et le principe d'imputation est fondamentale¹⁷⁷⁴ puisque le lien entre condition(s) et conséquence(s) ne se résume pas à la même « nécessité ». Autrement dit, dans la nature, les « lois » ne peuvent être violées alors que, dans un système juridique, la possibilité de violation est même constitutive du système. Pouvoir prédire le comportement des individus contraint à obtenir une relation qui se rapproche plus de la nécessité (la position de Posner est sur ce point édifiante)

¹⁷⁷¹ Robert Cooter, *Prices and Sanctions*, op cit, p 1537

¹⁷⁷² Cooter distingue aussi la possibilité d'un mécanisme de récompense. Cependant le droit vise davantage à sanctionner qu'à récompenser. Cette hypothèse ne sera donc pas présentée ici.

¹⁷⁷³ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 223

¹⁷⁷⁴ Hans Kelsen, *La Théorie Pure du Droit*, op cit, p 123 : « *Le principe de causalité déclare que si A est, B est (ou sera). Le principe d'imputation déclare que si A est, B doit être (soll sein)* » et, plus généralement, pp 123-125.

entre la violation de l'acte et sa sanction ; pour cela il est nécessaire de faire disparaître l'idée de devoir être de cette sanction (sauf si le devoir être permet simplement d'analyser le système parfait du point de vue du droit. L'analyse économique du droit reste ambiguë sur ce point). Il faut ainsi que le « devoir être » se matérialise afin qu'il puisse être intégré lors du choix de l'action par les individus « concrets ». Ici la sanction ne vise qu'à préciser aux individus le prix du non respect des normes et, économiquement, il n'existe aucune distinction entre commettre un acte légal et commettre un acte illégal et en payer le prix (le prix vise à rendre l'acte légal, d'où le problème de la normativité sur lequel nous reviendrons). *Economiquement, il s'agit de « pondérer » la sanction par la probabilité qu'elle survienne, c'est-à-dire à la fois la probabilité de se faire prendre et la probabilité qu'un juge considère que tel ou tel comportement est effectivement illégal (ce dernier point touche le problème de l'interprétation et cette question sera présentée par la suite). Il sera alors possible de penser en termes de causalité et non d'imputabilité car le raisonnement devient probabiliste.*

L'individu qui envisage de commettre une infraction considère la probabilité de se faire prendre en plus de la sanction. Ce niveau pondéré sera, si l'individu est neutre face au risque, inférieur au niveau de la sanction posé par la règle juridique. Autrement dit, le niveau de sanction posé par le droit, s'il est optimal, dans les conditions idéales où tous les actes illégaux sont découverts et « sanctionnés », ne le sera plus si la probabilité d'être sanctionné n'est pas très proche de l'unité. Dès lors, la construction du système de sanctions devra tenir compte de la probabilité qu'un acte soit découvert avant d'en déterminer la sanction (le niveau de sanction correspondra au niveau de sanction optimal divisé par la probabilité qu'un acte soit découvert¹⁷⁷⁵). Le système américain des « punitive damages » peut se comprendre à partir de cette logique si nous continuons à découpler la logique de la réparation et la logique de l'incitation.

Le système juridique n'est plus perçu comme un outil de « pure » réparation mais comme un outil d'incitation au comportement optimal. Pour reprendre la logique posnérienne, il n'est pas tourné vers le passé (réparation) mais vers l'avenir (incitation). Il est préférable de considérer que le système juridique n'est qu'un des outils d'incitation. En effet, sauf à adopter un point de vue strictement interne au système juridique, les individus sont pris dans un champ normatif beaucoup plus vaste que les simples incitations « juridiques ». Ce point a déjà été mentionné lorsque nous avons abordé la question du domaine optimal du droit et de la morale, ou la critique formulée par Ellickson. Un niveau de sanction ou de prix trop important peut se révéler contreproductif du point de vue externe (mais pas nécessairement du point de vue interne, si le « trop important » vise le point de

¹⁷⁷⁵ Notons que cette probabilité ne peut être qu'estimée puisque des infractions ne sont pas reportées ou restent inconnues.

vue externe et non le point de vue interne) puisque l'individu risque d'être incité à adopter un niveau de précaution trop important (ce problème est plus marqué en matière de prix qu'en matière de sanction en raison des élasticités différentes de ces deux méthodes) donc sous optimal (ce qui signifie que la violation du droit pourrait être optimale).

Une fois le système juridique à analyser déterminé, la logique de l'incitation peut se déployer afin de « critiquer » le système ou de construire des hypothèses permettant de justifier les choix réalisés par celui-ci. L'attention de l'économiste reste avant tout centrée sur la seule « sanction » juridique (même si, le cas échéant, il pourra faire appel aux normes sociales), c'est-à-dire sur les paramètres que le système introduit dans la fonction d'utilité des individus. La nature de l'incitation (sanction ou prix) aura, elle aussi des conséquences déterminantes lorsqu'il s'agira de prédire le comportement des individus lorsqu'une variation dans le système se produira.

Cette représentation reste schématique et néglige une partie des structures normatives influençant les comportements des individus (et aussi le problème des « règles » sans sanction). Lorsque l'incertitude est prise en compte ou lorsque le droit est appréhendé dans un système plus vaste, la sanction juridique peut n'être plus qu'indirecte¹⁷⁷⁶. Ce sera le cas lorsque la règle juridique vise à introduire un point saillant (ou de nouveaux équilibres acceptables) pour résoudre des problèmes de coordination (sens de circulation sur une route par exemple), ou lorsqu'elle n'est que « définitionnelle » (même si dans ce cas il est possible de considérer que la norme définitionnelle n'est pas une norme autonome). La sanction ne sera plus qu'indirecte puisque la méconnaissance de ce point saillant sera pénalisante pour l'individu. De même, le droit, en mettant en avant un comportement, peut renforcer les sanctions sociales des comportements contraires. Ces points feront l'objet de développements approfondis lorsque nous nous pencherons sur la question de la normativité du droit. Signalons cependant que l'analyse économique du droit n'ignore pas les règles sans « sanction ».

2. Quelques conditions relatives à l'effectivité du mécanisme d'incitation

L'analyse économique du droit est centrée sur l'analyse des conséquences des mécanismes de sanction mis en place par le droit et ne s'interroge pas sur les conditions relatives à l'effectivité du mécanisme d'incitation. La rationalité de l'individu laisse supposer une certaine « transparence » du droit ; s'il réagit aux modifications des règles juridiques, cela suppose qu'il « connaît » ces

¹⁷⁷⁶ Si nous souhaitons conserver la logique des incitations, la « sanction » sera toujours présente puisqu'il existe une altération du système d'incitation

modifications et qu'il peut parfaitement établir la ligne de partage entre le légal et l'illégal (autrement dit, le problème de la découverte et de l'interprétation du texte ne semble pas se poser). Une nouvelle fois, la question sera celle du niveau d'analyse. Du point de vue interne, rien n'empêche de supposer que le système est transparent (il constitue le cadre de référence). Au niveau externe, la transparence du système juridique est difficilement justifiable. Nous présenterons quelques méta-normes pouvant paraître classiques au juriste. Nous ne reviendrons pas sur la nécessité de la sanction.

Si la sanction agit comme paramètre de choix lors des décisions des individus, pour que la norme puisse réellement être incitative, le système ne doit pas contenir de normes rétroactives. La logique de la norme rétroactive prive les agents de toute possibilité d'anticipation. Le problème n'est donc pas, économiquement, celui de la « sécurité juridique » mais celui de l'efficacité. Une norme rétroactive n'a pas de caractère incitatif et conduit donc à des inefficiences.

Cette logique de l'efficacité appliquée à la question de la rétroactivité permet de comprendre l'exception classique de la rétroactivité des lois pénales plus « douces » (sans appel à des questions de « justice »). Si une nouvelle loi conduit à sanctionner moins durement un acte, cela signifie que l'ancienne loi n'adoptait pas un standard efficace¹⁷⁷⁷. Dès lors, les individus dont le comportement a été sanctionné peuvent avoir adopté un comportement en fait « optimal », auquel cas aucune charge ne devrait être retenue contre eux. Même si leur comportement était sous-optimal, une sanction moins « dure » ne fait que sanctionner la non optimalité du comportement (par rapport au standard de la nouvelle règle). La même logique pourrait être appliquée en ce qui concerne les lois interprétatives qui ne sont là que pour préciser les comportements « sanctionnables » et donc le système incitatif¹⁷⁷⁸.

La possibilité de lois interprétatives suppose une absence de clarté du système incitatif qu'est le droit. Sans une clarté suffisante, le système incitatif ne peut être effectif car les individus ne disposent pas de points de repères suffisamment « précis » leur permettant d'adopter des comportements optimaux. Néanmoins, le système incitatif ne peut s'affranchir de la question de l'interprétation en raison même de son médium, le langage. De même, la complexité des règles de droit rendra plus délicate leur respect et conduira même certains individus à ne pas s'en

¹⁷⁷⁷ Ce « postulat » découle de la logique du droit comme système incitatif.

¹⁷⁷⁸ Le fait que la jurisprudence soit attentive à la dimension véritablement « interprétative » de la loi va dans ce sens (par exemple, Cour de Cassation, chambre sociale, 19 juin 1963, Gazette du Palais 1963, vol 1, p 278). Reste à savoir ce à quoi correspond une loi interprétative et nul doute qu'en la matière le juge se veut platonicien.

informer¹⁷⁷⁹. Le problème sera celui d'une égalisation à la marge des coûts et des bénéfices de ces clarifications, et du degré de liberté des juges. La réponse à cette question dépend du modèle de rationalité des individus¹⁷⁸⁰. En principe, plus un système incitatif correspond aux « intuitions » des individus, plus ce système, toutes choses égales par ailleurs, aura de « chance » d'être respecté (ce qui peut expliquer que le droit dispose de quelques liens avec la morale)¹⁷⁸¹. De même, plus l'interprétation juridique se rapprochera de l'interprétation « commune », plus les dispositions du système pourront être considérées comme « claires ». Cette clarté conduit à privilégier les normes générales sur les normes particulières puisque cela permet de réduire la complexité du système juridique et donc ses coûts de fonctionnement.

Il ne suffit pas que les dispositions du système soient « claires » pour que le système soit effectif, il est également nécessaire que ces dispositions soient « accessibles ». Pour que le système incitatif fonctionne, les individus doivent pouvoir prendre connaissance de ses normes et être en mesure de les comprendre¹⁷⁸². Autrement dit, pour pouvoir contrôler, il est nécessaire que les éléments du système soient connus. Ceci suppose, parallèlement à la question de la non rétroactivité, que les dispositions législatives (lorsque le système est composé uniquement de règles législatives) ou que les dispositions jurisprudentielles (lorsque la jurisprudence est censée jouer un rôle pour l'architecture du système) soient accessibles, et à faible coût (sans quoi une frange de la population n'aura aucun intérêt à engager des « frais » pour avoir accès aux normes du système incitatif¹⁷⁸³). Une nouvelle fois, l'accessibilité ayant un coût, il sera nécessaire de « balancer » entre les coûts et les bénéfices à la marge de cette accessibilité. Plus une norme concerne une petite frange de la population, plus il est vraisemblable que sa « médiatisation » ne soit pas celle d'une

¹⁷⁷⁹ Sur ce point, voir par exemple, Louis Kaplow, A Model of Optimal Complexity of Legal Rules, 1995, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol 11, pp 150-163, spécialement p 151 : « *Actors seeking to comply with more complex rules may need to expand resources to learn how the rules apply to their contemplated acts [...] Finally, when rules are more complex, an enforcement authority typically will have to expand additional resources to determine whether a violation occurred or the severity of the violation* ».

¹⁷⁸⁰ Kaplow utilise un modèle de rationalité néoclassique. Pour une approche différente, voir par exemple, Richard Epstein, The Optimal Complexity of Legal Rules, in Gerd Gigerenzer et Christopher Engel, *Heuristics and the Law*, op cit, pp 141-157, par exemple p 141, l'auteur résume son idée : « *But in fact the traditional and simpler rules of thumb that dominated natural law thinking often do a better job in overcoming these cognitive and motivational weaknesses in resolving private dispute* »

¹⁷⁸¹ Le système ne peut cependant pas équivaloir aux intuitions sans quoi l'explicitation des intuitions n'aurait qu'un intérêt minime. Le droit est donc en décalage, sans être complètement « coupé » des normes sociales.

¹⁷⁸² Cette prise de connaissance est censée précéder la mise en œuvre. Néanmoins, dans une logique d'évolution, cette prise de connaissance pourra se faire en même temps que la mise en œuvre. Le système incitatif sera donc performant uniquement après un temps d'adaptation durant lequel il doit être suffisamment stable pour que les individus puissent inférer les comportements faisant l'objet d'une sanction.

¹⁷⁸³ Notons que l'intérêt croît, relativement, avec la « clarté » des règles juridiques.

norme dont les conséquences seraient plus importantes pour le « quotidien ». Logiquement, un système devrait être plus effectif lorsque le coût de la diffusion des informations diminue, même si le risque de « noyer » les individus par l'abondance des informations apparaît (tout simplement car le coût du « tri » augmente pour les individus ; pensons au site de l'AMF).

Si le système juridique est accessible, clair et non rétroactif, l'effectivité dépendra encore de la non contradiction. Si une même attitude est considérée différemment par deux règles juridiques, l'individu ne pourra pas adopter l'attitude optimale, car il sera dans l'incapacité d'identifier la règle à laquelle se fier (il est cependant probable qu'il opte pour la solution donnée par la théorie des jeux en adoptant la règle qui maximisera son minimum). De même, si deux attitudes opposées sont toutes les deux sanctionnées, le système incitatif n'aura aucun intérêt car l'individu ne pourra connaître l'attitude à adopter.

Le problème de la non contradiction est lié au problème de l'interprétation (et donc à celui de la clarté) et *in fine* à un postulat, celui de la cohérence du système juridique. Ce postulat n'est cependant utile qu'ex post et non ex ante car il ne peut aider à prévoir les conséquences de telle ou telle règle juridique. Le problème des conflits de normes n'est qu'un problème d'absence de « précision » de la norme dont la présence prouverait qu'il n'existe en fait aucun « conflit » (si nous postulons de l'absence de conflit, ce qui semble l'attitude la plus « scientifique »). Le critère de l'efficacité est un critère de résolution des conflits, une méta-norme de décision au même titre que les normes du type « *lex posterior derogat priori* »¹⁷⁸⁴.

Plus que la non contradiction, il est préférable que le système soit « cohérent » (au sens d'unité). Cette cohérence permet de limiter les coûts d'acquisition d'informations concernant les normes. Si le droit est cohérent, il est théoriquement possible de « déduire » certaines normes d'autres normes. L'individu sera incité à adopter un comportement optimal même lorsqu'il existe une « incertitude » sur les normes en vigueur. La logique dworkinienne est celle de la cohérence « absolue » du système. La cohérence du système est une caractéristique qui ne peut que « se découvrir » (se construire) ex post car elle est « inobservable » ex ante. Il serait donc préférable d'évoquer l'idée d'une cohérence relative (la qualification de cohérent restant du domaine de l'émergence)¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸⁴ Les méta-normes permettant de résoudre des conflits peuvent être réinterprétées sous l'angle de l'efficacité. Si la règle postérieure ne pouvait « primer » sur la règle antérieure, cela signifierait que le législateur n'aurait aucun intérêt à « faire du droit » une fois que le système est « jugé » suffisamment complet. De la même manière, en supposant la fixité du droit, il est possible de déduire son inefficacité car il ne sera pas à même de s'adapter à de nouvelles circonstances.

¹⁷⁸⁵ Cette idée se retrouve par exemple dans le critère de justice négatif proposé par Hayek (Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, tome 2, op cit, spécialement p 51).

Il faudrait aussi que le système soit relativement stable¹⁷⁸⁶. *Les individus réalisant leurs actions en fonction d'anticipations, la sécurisation relative de ces anticipations permet une action plus efficiente.* Dans un système dans lequel toutes les lois changeraient à chaque instant, la loi ne serait pas capable de donner un repère aux individus (d'autant plus que dans un tel système l'incitation à se renseigner sur les normes existantes serait faible). Si le système est « trop » stable, le risque d'une inadaptation aux circonstances et donc d'une diminution de l'adaptabilité apparaît (du point de vue de l'évolution)¹⁷⁸⁷. La stabilité « relative » d'un système institutionnel est ainsi « corrélée » à une meilleure performance économique¹⁷⁸⁸ notamment en raison de sa capacité à sécuriser les investissements. Pouvant « compter » sur la stabilité du droit, les individus réalisent des projets qu'ils n'auraient pas entrepris s'ils anticipaient que le droit était susceptible de changer. En effet, les « prévisions » se font en fonction d'un système institutionnel donné.

Afin que le système soit effectif, il est aussi nécessaire que le coût du respect du droit ne soit pas prohibitif. Si le respect du droit est systématiquement prohibitif, aucun individu n'aura intérêt à le respecter. Le caractère prohibitif du coût du respect signifie bien qu'il n'est pas efficient de le respecter. D'une manière générale, l'analyse économique du droit a une certaine aversion à l'égard de la prohibition totale qui est, de par sa nature même, difficilement conciliable avec la logique du calcul coûts-bénéfices.

Enfin, il est fondamental que le système normatif appliqué soit le système effectivement annoncé, nous retrouvons ici l'idée de non contradiction, de cohérence et finalement de prévisibilité. L'individu rationnel, agissant en fonction des conséquences de ses actions, sera plus enclin à s'intéresser à l'application du droit plutôt qu'à son annonce. Or, pour que le système soit effectif et efficient, l'application doit suivre les mêmes règles que l'annonce, ce qui ne serait pas le cas s'il existait un écart important entre l'annonce et l'application. La place des juges est dès lors

¹⁷⁸⁶ Surtout si les normes du système ne sont pas « affichées ». En effet, dans ce dernier cas, les individus ne pourraient même pas « apprendre » les normes.

¹⁷⁸⁷ Nous retrouvons l'arbitrage entre exploitation et exploration, arbitrage dont la résolution n'est pas purement économique en raison du problème de l'incertitude radicale.

¹⁷⁸⁸ Voir par exemple Dani Rodrik, *In Search of Prosperity : Analytical Narratives on Economic Growth*, 2003 Princeton University Press, Princeton, 520 pages, spécialement p 13 où l'auteur présente les conditions considérées par les économistes comme idéales (mais non suffisantes) pour une bonne croissance économique : « *secure property rights, free trade, open capital markets, and social and political stability.* » La stabilité des institutions est une des dimensions de la stabilité politique. Hayek développe lui aussi une conception dans laquelle le droit est avant tout présent pour sécuriser les anticipations légitimes (et cette sécurisation permettrait une meilleure performance du système économique) (par exemple, Friedrich Hayek, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, op cit, p 117 ; voir aussi Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*, op cit, p 208)

déterminante puisqu'ils sont chargés de l'application du droit lors de « litiges » et de la cohérence du système juridique.

Ce système est entièrement « déductible » de la logique de l'analyse économique du droit (et donc de ses postulats de base). Nous retrouvons cependant certaines des caractéristiques développées par Lon Fuller dans son exemple du roi Rex¹⁷⁸⁹. L'analyse économique du droit reconnaît à un système ne respectant pas ces quelques règles le qualificatif de droit, car, comme nous l'avons déjà précisé, elle ne dispose pas d'un critère permettant de discriminer entre droit et non droit¹⁷⁹⁰. L'analyse économique pourra être conduite à qualifier un système de peu efficient lorsqu'il ne sera pas à même de développer des incitations pertinentes. Cependant, elle ne pourra pas se focaliser sur l'efficacité d'une norme particulière puisque analyser cette efficacité suppose que la norme dispose d'une place spécifique au sein du système normatif (comment qualifier d'efficace une norme qui en « contredit » une autre ou, au moins, qui ne s'insère pas parfaitement dans le système existant ?), et qu'il existe un véritable dispositif permettant d'en assurer le respect (si l'analyse ne se veut pas « purement » interne).

B. analyse économique du droit ou analyse économique des normes : l'absence de spécificité économique du droit ?

L'analyse économique met en évidence quelques éléments fondamentaux permettant à un système incitatif de remplir sa mission : la « sanction » et quelques « règles » abstraites relatives à la structure de ce système d'incitation. Il semblerait même que plus la structure du système incitatif se rapproche de la structure idéale¹⁷⁹¹, plus l'analyse économique pourra être pertinente pour expliciter et prévoir les actions concrètes des agents. En effet, plus le système est « clair » et

¹⁷⁸⁹ Lon Fuller, *The Morality Of Law*, revised edition, 1969, Yale University Press, New Haven, 262 pages, spécialement chapitre 2.

Lon Fuller évoque ainsi la généralité des règles, leur promulgation, leur non rétroactivité, leur clarté, leur non contradiction, la nécessaire possibilité de les respecter, la stabilité (*constancy*) et la cohérence entre l'annonce et l'application du droit. La généralité semble, pour l'analyse économique être une « conséquence » de la clarté. Un système sans règles générales mais permettant aux individus de connaître le droit qui leur est appliqué permettrait l'effectivité du système même si l'efficacité serait réduite (car le jeu de la concurrence serait « vicié »). Logiquement, le système économique ne peut pas produire de système dans lequel les règles ne seraient pas, un minimum, générales (car sinon les individus ne s'accorderaient pas sur les méta-normes). Lon Fuller considère cependant que ces caractéristiques permettent de qualifier un système de « juridique ». Économiquement, ce n'est pas le cas, la juridicité s'échappe car la méthode économique ne peut pas l'appréhender. Tout au plus est-il possible de considérer que le système juridique est « plus efficace ».

¹⁷⁹⁰ Même si l'analyse économique laisse supposer certaines caractéristiques en ce qui concerne le droit.

¹⁷⁹¹ Ne peut-on d'ailleurs pas considérer qu'un système incitatif n'est un système incitatif qu'à condition qu'il remplisse certaines caractéristiques ?

aisé à déterminer, plus les « omissions »¹⁷⁹² de l'analyse économique traditionnelle s'estompent. Il serait possible de s'interroger sur la pertinence de l'analyse économique du droit dans les sociétés où le système juridique ne fonctionne pas « correctement » et où les structures alternatives de gestion de l'ordre social sont légion (et même nécessaires au développement économique). Dans ce cas, l'analyse économique devrait englober l'ensemble des structures d'ordonnement social (et donc les systèmes non juridiques) afin de mieux saisir le comportement des individus¹⁷⁹³.

Il s'agit donc de s'interroger sur le concept de droit que pourrait nous fournir l'analyse économique. En quoi celui-ci est-il différent des autres structures d'ordonnement social ? Ces différences permettent-elles de distinguer entre analyse économique du droit et analyse économique des phénomènes normatifs ? Existe-t-il économiquement des spécificités du « droit » ? En quoi la compréhension de ce qu'est économiquement le droit modifie-t-elle la « couleur » des analyses ou la perception des phénomènes juridiques ?

Le droit, sous l'angle de l'analyse économique, se présente avant tout comme la structure d'un ordre social (1), un système de gestion des interactions des individus par le mécanisme de l'incitation. Ce point n'est pas nouveau dans la mesure où nous avons expliqué les mécanismes de génération des normes comme une nécessité pour l'ordonnement social. Nous cherchons ici à expliciter ce qui « caractérise » ces normes et cet ordonnancement. Ces caractéristiques sont-elles suffisantes pour déployer une analyse économique ?

L'idée d'ordre social est utilisée à la fois par référence à l'approche kelsenienne¹⁷⁹⁴ – ce qui permet de réintégrer la logique de l'analyse dans une logique déjà proposée et souvent « oubliée » – et pour éviter les notions plus « floues » (et peut-être aussi moins « neutres ») comme l'idée de gouvernance. Il ne fait aucun doute que le droit constitue un des outils de la gouvernance si nous la définissons comme le fait Kornhauser par sa fonction, et plus précisément par l'accomplissement d'une ou plusieurs des quatre fonctions suivantes : « (1) *adaptation to changing circumstances...* (2) *detection of noncompliance...* (3) *the application of extant rules to the assessment of conduct ; call this function adjudication...* (4) *sanctioning* »¹⁷⁹⁵. Ces fonctions s'inspirent, l'auteur le reconnaît, des travaux de Hart (notamment de son concept de normes secondaires).

¹⁷⁹² Assez souvent l'analyse économique présuppose que le système juridique fonctionne de façon correcte, qu'il est identifiable sans trop de difficultés, que les individus s'adaptent aux normes juridiques qu'ils sont capables de comprendre, que le juge fait respecter ces règles suffisamment rapidement et sans un coût excessif, etc.

¹⁷⁹³ Mais dans ce cas l'analyse économique du droit n'est plus spécifiquement une analyse du « droit ».

¹⁷⁹⁴ Hans Kelsen, *La Théorie Pure du Droit*, op cit, spécialement titre 1, 5 et 6, pp 33-78

¹⁷⁹⁵ Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law*, op cit, p 361. Signalons que l'auteur est l'un des seuls à véritablement tenter de définir le concept. L'idée de gouvernance est aussi utilisée par exemple par Dixit

Si le droit est un moyen de « structurer » l'ordre social, il s'agira de savoir ce qui, économiquement, pourrait constituer la spécificité de cette structure (2) et si cette spécificité oblige à « adapter » les outils économiques ou, du moins, conduit à « spécifier » les connaissances fournies par l'analyse économique du droit (notamment si certaines spécificités sont « négligées »). *Nous chercherons à « déduire » du code économique quelques éléments permettant de discriminer entre les structures juridiques et les structures non juridiques des ordres sociaux.*

La question sera celle de la limitation de l'analyse économique au droit, ou la possibilité de son extension à l'ensemble des phénomènes normatifs. Epistémologiquement, il s'agira de savoir si les connaissances qu'est susceptible de nous fournir ce type d'analyse dépendent strictement de son champ d'analyse ou reposent *in fine* sur elle-même (au risque de ne pas en faire un outil à l'intersection de disciplines mais un outil de « cannibalisation » et de réinterprétation d'un champ disciplinaire) : l'analyse économique peut-elle se construire un concept de droit ? *Dès lors qu'un système suit la logique de l'incitation, l'analyse économique peut être déployée, si bien que le champ de l'analyse économique du droit n'est pas le droit mais l'ensemble des phénomènes normatifs* (les spécificités du droit qui lui permettent de « posséder » ce nom sont alors niées ce qui impose de savoir si cette « négation » a des conséquences en termes de détermination des apports de l'analyse économique du droit). Il sera possible de développer, par exemple, une analyse économique de la morale ou de la religion. L'analyse économique apparaît uniquement comme un code, une structuration possible de la réalité. Son domaine étant logiquement infini (une structuration de la réalité peut appréhender l'ensemble de la réalité), il s'agira, dans la seconde partie de notre thèse, de nous intéresser à la « légitimité » et à l'intérêt de l'extension de ce code aux phénomènes juridiques.

1. le droit comme structure d'un ordre social, pour une analyse économique des structures normatives

Comme l'expliquait Kelsen, *toute science est constitutive de son objet*. Si elle souhaitait être autonome, l'analyse économique du droit devrait fournir, au moins implicitement, un concept de droit. Sous l'angle économique, le droit apparaît comme une structure influençant l'ordre social. Il s'agira pour nous de déterminer les caractéristiques générales d'une telle structure pour montrer que *l'analyse économique du droit correspond, en fait, à une analyse juridique des phénomènes normatifs et ne vise pas spécifiquement les phénomènes « juridiques »* (justement car la « juridicité » est « extra » économique), même si elle permet d'en dégager quelques éléments constitutifs. Plus précisément, les

(Avinash Dixit, *Lawlessness and Economics*, op cit, p 1) sans qu'une réelle définition ne soit fournie. L'idée de gouvernance laisse d'ailleurs penser que le mécanisme est « créé » alors que l'idée d'ordre social est plus neutre sur ce point.

« conditions » permettant de déployer l'analyse économique sont remplies dès lors que nous sommes face à un système de « normes » qu'il soit « juridique » ou « non juridique ». L'analyse économique du droit apparaît alors comme une analyse économique des normes centrée sur les normes juridiques (mais sans que la spécificité du droit ne soit retenue).

L'analyse économique du droit peut aborder les ordres sociaux non juridiques exactement de la même manière que le droit car elle ne retient que quelques éléments susceptibles de conduire à l'utilisation du code économique. Elle ne considère pas que la sanction juridique dispose d'une spécificité qui la conduit au-delà de la sanction qu'elle propose. Pour l'économiste, *l'analyse économique peut se déployer dès lors qu'un système peut être réinterprété en système de prix et d'incitations* ; plus précisément, dès lors que l'analyse économique se penche sur un système, elle peut envahir tout terrain où se trouve une « structure » qui influence (ou semble influencer) le comportement des individus.

Ceci ne signifie pas que tout système de prix et d'incitations soit du droit ; l'analyse économique du droit (au moins traditionnelle) ne s'intéresse en fait qu'aux systèmes de prix et d'incitations et donc à l'ensemble des structures conduisant à l'ordre social et non spécifiquement au droit. *Sans dégager une spécificité du droit par rapport aux autres mécanismes d'ordre social, elle se « réduit » à une analyse économique des phénomènes normatifs.*

La définition de l'ordre social proposée par Kelsen s'insère parfaitement dans le schéma de l'analyse économique du droit : « *la fonction de tout ordre social est de provoquer une certaine conduite des hommes qui lui sont soumis, d'inciter ces hommes soit à s'abstenir de certains actes qui sont pour tels ou tels motifs considérés comme nuisibles socialement, c'est-à-dire pour les autres hommes, soit au contraire à accomplir certains actes qui sont tenus pour socialement utiles* »¹⁷⁹⁶. La dernière partie de la phrase n'est pas nécessairement pertinente dans la mesure où la référence aux « motifs » laisse penser que l'ordre social est construit (peut-on attribuer des motifs à des processus strictement émergents¹⁷⁹⁷ ?) et que tout ordre social vise obligatoirement et consciemment « l'utilité » sociale. Pour le reste, la définition permet de dégager des caractéristiques des ordres sociaux (et donc du droit) qui correspondent à celles utiles au déploiement de l'analyse économique.

L'ordre social, comme le droit, a pour objectif le contrôle social, sous l'angle économique du moins. Il est un pouvoir. Il vise à conduire les individus à agir autrement qu'ils ne l'auraient fait sans lui. Autrement dit, une partie des interactions entre les agents sont « influencées » par l'ordre social

¹⁷⁹⁶ Hans Kelsen, *La Théorie Pure du Droit*, op cit, p 34.

¹⁷⁹⁷ Il faudrait en fait distinguer le niveau psychologique et le niveau évolutionnaire. Au niveau évolutionnaire, un ordre qui semble construit (au niveau psychologique) peut en fait être émergent.

ou le droit. Tout ordre social ou tout système juridique ne peut être qualifié comme tel s'il ne vise pas ce type d'objectif (même si l'objectif peut être facilement reconstruit). Une telle dimension du droit se retrouve, au moins implicitement, chez la plupart des théoriciens du droit.

L'ordre social, comme le droit, est un instrument tourné vers cet objectif (du point de vue de celui-ci¹⁷⁹⁸). Ceci ne signifie pas qu'il s'agisse d'un instrument utilisé consciemment en vue d'un objectif spécifique (autre que l'objectif général de contrôle social). L'ordre social, comme le droit, peut constituer un phénomène émergent ou un phénomène construit (voire les deux). Il serait néanmoins préférable, économiquement, de distinguer entre ces deux types de mécanismes et de réserver la logique de l'instrument à la dimension construite de l'ordre (ou du droit). En effet, un instrument est en principe utilisé dans un but spécifique (ce qui ne signifie pas que ce but sera atteint, ne conduira pas à mettre en évidence d'autres buts, ou que les individus utiliseront le droit conformément à son but) et suppose qu'il puisse être adapté assez rapidement en fonction des circonstances.

Par ailleurs, la détermination du mécanisme d'émergence a un impact sur les possibilités d'actions sur cet ordre : si un ordonnancement spécifique du social provient de règles construites, il est, toutes choses égales par ailleurs, plus facile à « réviser » que si cet ordonnancement provient d'une norme émergente (il est ainsi peu probable que l'on puisse changer la morale par une loi ou alors le mécanisme serait beaucoup plus long que s'il s'agissait de modifier une norme fiscale, sauf si cette norme fiscale était « inscrite » dans une autre dimension que purement juridique).

Plus l'ordre social (ou plus une norme juridique) est internalisé(e), plus il sera coûteux de le (la) modifier (l'évolution de la perception des rôles sociaux, ou les anticipations sur les rôles adaptés sont des exemples « cruels »¹⁷⁹⁹ ; et, dès lors que l'internalisation conduit au développement de compétences différentes du point de vue de l'évolution, la lutte contre de tels ordres peut avoir des conséquences imprévisibles¹⁸⁰⁰).

¹⁷⁹⁸ Il faut distinguer le droit comme instrument du point de vue de celui-ci et le droit comme instrument du point de vue de l'agent soumis à ce dernier.

¹⁷⁹⁹ Comme l'explique par exemple Arkerlof : « *If the punishment of becoming an outcaste is predicted to be sufficiently severe, the system of caste is held in equilibrium irrespective of individual tastes, by economic incentives; the predictions of the caste system become a self-fulfilling prophecy* » (George Akerlof, *The Economics of Caste and of Race and Other Woeful Tales*, 1976, *Quarterly Journal of Economics*, vol 90, pp 599-617, p 610), autrement dit, il peut être rationnel d'adopter le système des castes même sans préférence pour celui-ci. Dès lors que les normes du système de castes sont internalisées, la modification de ce système ne peut se faire uniquement par la création d'une norme.

¹⁸⁰⁰ Cette hypothèse reste purement théorique mais pourrait se comprendre du point de vue de l'évolution.

Afin de remplir sa « mission », *l'ordre social, comme le droit, utilise le mécanisme de l'incitation*. Une conduite sera « mise » en avant. L'ordre social, comme le droit, est un ordre composé de normes (la norme n'étant, de façon plus neutre, qu'un simple protocole d'action¹⁸⁰¹). Les incitations peuvent provenir soit directement des sanctions (sanctions juridiques, sanctions sociales, voire sanctions psychologiques ou sanctions dans « l'autre monde »), soit de la présence d'une norme de coordination permettant de solutionner un problème de coordination (ce qui suppose qu'une fois la norme annoncée, ne pas la respecter n'est pas dans l'intérêt des individus – ils sont sanctionnés, même si aucune sanction n'est « prévue » par la norme). Cette dernière hypothèse reste très théorique (le sens de circulation automobile pourrait en constituer un exemple) et comme le reconnaît d'ailleurs Kelsen¹⁸⁰² tous les ordres sociaux « *instituent des sanctions : ce qui permet de les différencier, c'est seulement le genre de sanctions qu'ils ordonnent les uns ou les autres* »¹⁸⁰³. Le droit n'est donc pas spécifique en raison de la présence de sanctions, même si leur « type » est différent.

Reste le problème que l'identification d'une sanction plausible ne signifie pas pour autant que la norme sera respectée uniquement du fait de cette sanction (le code détermine *une* « réalité »). Néanmoins, *économiquement, seule l'affectation des coûts est susceptible d'avoir une influence sur le comportement de l'individu rationnel* (si nous supposons les préférences et les croyances fixées), et toute affectation des coûts peut être perçue comme une sanction (positive ou négative selon le sens de cette affectation). Dès lors, si une norme est annoncée ou supposée, il sera toujours possible de déterminer son efficacité en analysant la présence ou l'absence de sanctions effectives.

Économiquement, le type de sanction importe peu pour caractériser un système incitatif et ainsi déployer les outils de l'analyse économique. Cependant, l'action sur l'ordre social suppose que la sanction puisse être « manipulable », le type de sanction n'est donc pas une dimension que l'analyse économique peut négliger.

Pour que des sanctions puissent être appliquées, l'ordre social doit disposer d'un mécanisme de « détection » des « infractions ». Cette détection peut passer par plusieurs canaux. Le niveau individuel correspond à la situation dans laquelle la norme a été internalisée. Même en l'absence de mécanisme « externe » de détection, l'individu agira en tenant compte de la norme qu'il « s'auto-imposera ». Le niveau « externe » de la sanction peut toucher l'ensemble des individus susceptibles de constater l'infraction (eux-mêmes pouvant être soumis à une norme leur

¹⁸⁰¹ Cette idée de protocole se retrouve notamment chez Kornhauser (Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law*, op cit, p 362).

¹⁸⁰² Qui semble donc oublier les jeux de pure coordination.

¹⁸⁰³ Hans Kelsen, *La Théorie Pure du Droit*, op cit, p 39

imposant de sanctionner) ou un groupe spécifique d'individus (plus ou moins restreint). A ce niveau la complexité de la structure de l'ordre joue un rôle essentiel. En effet, afin que la sanction puisse relever de l'ensemble des individus susceptibles de la constater, l'infraction doit être suffisamment « identifiée » comme telle, ce qui peut être délicat selon la complexité de la norme à faire respecter. Cette dimension permet de distinguer le droit des autres phénomènes sociaux normatifs.

La présence de telles caractéristiques permet à l'analyse économique du droit de se déployer et de toucher l'ensemble des phénomènes normatifs. Il serait même possible de considérer que l'analyse économique puisse être utilisée pour « critiquer » n'importe quel système se « voulant » normatif. Ainsi il est possible d'analyser n'importe quelle règle fictive ou contrefactuelle. Néanmoins, l'analyse économique passera nécessairement par l'identification de tels critères pour pouvoir se déployer. Il sera ensuite possible de tenir compte des critères abstraits touchant l'effectivité d'un ordre normatif (*supra*). *Sous cet angle, l'analyse économique propose donc à la fois un système de formation d'hypothèses et un système de critiques susceptibles d'être émises en raison du modèle de structuration de la réalité qu'elle utilise.* Il serait théoriquement possible de construire un arbre des critiques, une sorte de « *check list* » à l'usage des praticiens ou des critiques d'un système normatif déterminé.

2. Le droit comme structure spécifique d'un ordre social, la recherche des spécificités « économiques » d'un système juridique

Si l'analyse économique du droit souhaitait véritablement n'analyser que les systèmes juridiques, il faudrait qu'elle soit capable de déterminer *économiquement* les spécificités de ces systèmes (de même que les spécificités des normes juridiques) afin de pouvoir, au besoin, adapter sa méthode à son objet. Si les spécificités mettent en évidence certaines « lacunes » de l'analyse, la connaissance de celles-ci permettra de mieux caractériser le « toutes choses égales par ailleurs » des analyses économiques du droit. Comme l'expliquait Gödel, « *To develop the skill of correct thinking is in the first place to learn what you have to disregard. In order to go on you have to know what you leave out: this is the essence of effective thinking* »¹⁸⁰⁴. Il s'agira ici à la fois de comprendre ce qui pourrait faire la spécificité économique d'un système juridique et de déterminer certaines limites de l'analyse économique du droit traditionnelle.

¹⁸⁰⁴ Kurt Gödel, 15 mars 1972, cité par Hao Wang, *A Logical Journey : From Gödel to Philosophy*, 1997, MIT Press, Cambridge, 432 pages, p 25

Si l'analyse économique du droit ne visait que les systèmes juridiques, elle extrairait de l'ordre social global un système normatif spécifique. Expliquer les conséquences des normes juridiques suppose donc de les expliquer uniquement d'un point de vue interne au système et supposer ainsi que les individus ne sont soumis qu'aux normes de ce système qui n'est en « concurrence » avec aucun autre.

Si l'analyse économique souhaite analyser l'ensemble du tissu normatif, elle devra analyser l'ensemble des phénomènes normatifs présents dans un ordre social et non uniquement les phénomènes juridiques. Comme l'explique d'ailleurs Kornhauser, « *the simple caste model suggests that the equilibrium will not depend on the source of law – legislation or customary prescription – but on the ability of the enforcement structure to recognize the rule and its violation* »¹⁸⁰⁵. L'effectivité du droit dans l'environnement social suppose néanmoins que le système normatif plus vaste dans lequel il s'insère soit, en partie, « connu ». De même, les capacités de prédiction des réactions des individus à un changement de règle ne sont valables que s'il n'existe aucune règle externe au droit susceptible de modifier le comportement des individus (par l'adjonction de sanctions sociales par exemple).

*L'analyse économique du droit correspondrait à un point de vue interne au droit (dans un sens différent de celui de Hart) et l'analyse économique des systèmes normatifs correspondrait à une prise en compte de l'environnement social dans son ensemble pour constituer un point de vue externe sur le droit. Ceci est aussi valide pour l'analyse économique touchant les règles de procédure visant la formation du droit. Les règles de procédures doivent également tenir compte, pour être parfaitement efficaces, des réactions des individus en relation avec l'environnement normatif plus général. Cet environnement est déterminant notamment en ce qui concerne les juges*¹⁸⁰⁶.

Dans l'objectif de se concentrer sur une seule structure de l'environnement normatif, l'analyse économique du droit devrait préciser, économiquement, ce qui fait la spécificité du droit par rapport aux autres systèmes normatifs, sans quoi, elle n'aurait d'analyse du droit que le nom et ne pourrait gagner en autonomie¹⁸⁰⁷. Cette spécificité devra être économique dans la mesure où l'analyse économique ne peut fournir un critère de spécificité juridique.

¹⁸⁰⁵ Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law*, op cit, p 370. Notons cependant l'ambiguïté: la tradition est elle toujours du droit ou doit-il exister un critère permettant de faire passer le respect de la tradition dans le giron du droit ? Cette réflexion témoigne de l'absence de spécificité reconnue au système juridique (ou de l'absence de spécificité économiquement pertinente).

¹⁸⁰⁶ Et l'analyse économique que nous avons présentée correspondait plus à une analyse économique des normes.

¹⁸⁰⁷ Et être pleinement pluridisciplinaire.

Même si la plupart des praticiens de l'analyse économique du droit s'accordent à reconnaître certaines caractéristiques spécifiques aux ordres normatifs juridiques, il n'existe que très peu de travaux centrés sur la détermination de ce qui, économiquement, pourrait faire la spécificité du droit¹⁸⁰⁸. A la limite, la spécificité du droit, *économiquement*, n'aurait d'intérêt pour l'analyste que si elle conduisait à mettre en évidence des dimensions à prendre en compte par l'économiste, autrement dit des dimensions susceptibles d'impacter l'allocation des ressources ou la réaction des individus.

Le système juridique peut tout d'abord être considéré comme un bien public (ou se présenter comme un bien public¹⁸⁰⁹). Cette caractéristique permet d'exclure l'ensemble des sous-systèmes de l'ordre social visant spécifiquement un sous-groupe (car cela signifie la capacité d'exclusion) dont les individus sont nettement déterminés (les normes au sein d'une famille ne sont donc pas considérées comme du droit dans la mesure où seuls les membres de la famille peuvent en bénéficier), ou les normes d'un sous-groupe qui n'ont vocation qu'à s'imposer à un autre sous-groupe (nous évitons ainsi les problèmes du type mafia dont l'ordre n'est valable que pour un sous-groupe, sauf si la mafia détermine en fait l'ensemble du droit de l'Etat auquel cas ses normes valent pour l'ensemble des individus du territoire). Afin de pouvoir exclure, il est nécessaire de définir un groupe de référence. Pour simplifier notre présentation, nous commencerons par envisager le cas d'un groupe dans un système clos (autrement dit, nous envisagerons le groupe des citoyens d'un pays vivant effectivement dans ce pays). Il ne serait cependant pas aberrant, au moins théoriquement, de parler d'un droit au niveau de la famille si les caractéristiques économiques susceptibles de permettre l'identification d'un système juridique sont présentes.

En tant que bien public, le système juridique est identifiable par les individus du groupe (ce qui ne signifie pas qu'il existe une règle « juridique » d'identification, la norme d'identification provenant davantage de conventions que d'ordres) et, idéalement, il est considéré comme bénéfique (même si cette dernière caractéristique n'est pas nécessaire). D'une manière générale, il faut s'attendre à ce que les règles d'un système juridique soient plus « explicites » que les règles des autres ordres normatifs. Comme bien public, ce système revendique (ou les individus considèrent qu'il

¹⁸⁰⁸ A l'exception de Kornhauser (Lewis Kornhauser, *Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law*, op cit, p 370), qui traite le problème d'une façon différente de celle que nous proposons ici, aucune tentative au sein de l'analyse économique du droit n'a été faite en ce sens. Par ailleurs, l'auteur ne propose aucun critère économique du droit. Son objet est plutôt de lier la question du droit à la question de la gouvernance.

¹⁸⁰⁹ Ceci permet de signifier que la caractéristique de bien public est un idéal type et le système incitatif le plus proche du bien public pourra être considéré comme le système juridique.

revendique) son caractère d'ordre de régulation externe et centralisé (il constitue à proprement parler un ordre construit) orienté vers un « mieux » dans la coordination sociale.

La consommation de ce « bien » n'est pas censée être rivale. Un individu qui bénéficie du système juridique pour faire valoir ses droits ne réduit pas la consommation d'un autre individu en ce qui concerne sa propre capacité à faire respecter ses droits. Il s'agit ici de la conception idéale puisque, concernant cette capacité, les phénomènes d'embouteillage (ou de saturation) ne sont pas à exclure. Cependant, la jouissance des « droits » par un individu n'est pas censée limiter la jouissance des « droits » par un autre individu et la capacité à pouvoir se prévaloir du système juridique n'empêche pas d'autres individus de pouvoir s'en prévaloir (pouvoir voter ne réduit pas la capacité à voter des autres individus). En supposant la parfaite cohérence du système juridique, il est même possible de considérer que la jouissance d'un droit ne réduit jamais la jouissance du droit d'autrui (les droits étant définis également dans leurs relations avec les autres droits ; par exemple pouvoir faire la grève ne remet donc pas en cause le principe de continuité du service public une fois que ces droits *bien* définis).

Ce « bien » bénéficie aussi, en principe, de la propriété de non exclusion. Un système juridique mis en place bénéficie à tous (l'ensemble des membres du groupe de référence), et il est impossible d'en exclure certains individus (en principe). Si une infraction est commise dans le cadre d'application de ce système juridique, la « victime », quelle qu'elle soit, pourra toujours revendiquer la violation de ses « droits ». De même, les prescriptions du système juridique sont valables pour (et donc bénéficient à) l'ensemble de la population de référence (en règle générale, il existe une extension possible de ces droits aux individus extérieurs)¹⁸¹⁰. Cette représentation est un idéal type dans la mesure où certaines conditions peuvent être posées au bénéfice de certains droits par le système juridique (et notamment une condition de citoyenneté, problème que nous avons écarté par simplicité). Néanmoins, ces droits sont « potentiellement » au bénéfice de tous puisqu'il suffirait aux individus d'en remplir les conditions pour en bénéficier.

Du point de vue du droit international, le droit étatique ne dispose pas de cette caractéristique car le citoyen français n'a pas les mêmes droits que le citoyen colombien. Le système juridique interne est alors un bien de type club (ce qui peut se justifier par son mode financement). La capacité de se réfugier dans une ambassade ou un consulat reste un privilège réservé, en principe, aux ressortissants de cette ambassade ou de ce consulat (sauf cas particulier des citoyens

¹⁸¹⁰ Cette condition permettrait de distinguer ainsi le droit fédéral et le droit des états fédérés. En « agrandissant » le groupe, on restreint les normes s'imposant à l'ensemble du groupe et cet ensemble de normes correspond justement au droit fédéral. Cette logique pourrait aussi être appliquée pour comprendre le droit européen même si le fait que certaines normes s'adressent directement aux Etats peut poser des difficultés (sauf à définir le groupe de référence comme étant celui des Etats).

européens et des accords internationaux). Notons que notre analyse peut s'étendre au droit international, ce droit étant un « bien public » pour un groupe différent.

La « sauvegarde » (et l'émergence) de ce bien public est coûteuse « comptablement » (et non simplement sous l'angle du coût de l'action ou du coût d'opportunité) : le droit, pour fonctionner, se doit de constituer une structure centralisée¹⁸¹¹. L'ensemble des individus d'un groupe soumis à un système juridique contribuent ou sont susceptibles de contribuer à son fonctionnement sous peine de sanction. Cette contribution permet de maintenir en vie le bien public (le système doit pouvoir être « entretenu »), qui est lui-même à l'origine de son mécanisme de survie (la présence de normes imposant le financement et permettant ainsi l'émergence du bien public)¹⁸¹². Il existe en principe un transfert « obligatoire » de ressources matérielles des individus du groupe vers le « système juridique ». Il n'est pas nécessaire qu'il existe une corrélation parfaite entre le transfert et l'effectivité du système juridique mais sans qu'un seuil ne soit dépassé l'effectivité du système juridique est statistiquement proche de zéro (ce seuil n'a cependant pas besoin d'être dépassé pour que nous soyons en présence d'un système juridique). *Ceci permet d'éviter de considérer comme juridique l'ensemble des ordres dont le fonctionnement ne nécessite pas de financement ou de structure centralisée de gestion du système* (les normes sociales et plus généralement les ordres moraux, règles d'un jeu de société, etc...) *et l'ensemble des ordres dont le fonctionnement nécessite le financement d'un sous groupe d'une population considérée* (normes religieuses par exemple¹⁸¹³).

Le financement est le moyen de mettre en place des autorités spécialisées susceptibles d'assurer la détection et la sanction des violations des normes de façon plus efficiente. Le fait qu'il existe un système juridique suppose, économiquement, que ses bénéfices dépassent ses coûts. La centralisation du système doit donc permettre une efficacité supérieure à une décentralisation

¹⁸¹¹ Dès lors que la structure est ostensiblement centralisée, il doit exister une forme de financement. Il serait possible, sur cette base de distinguer le non droit (absence totale de financement), le pré droit (financement indirect par la reconnaissance ou le prestige) et le droit (financement comptable de la structure centralisée).

¹⁸¹² Il est cependant possible de découpler entre le besoin de financement comptable et l'obligation de financement. Afin qu'un ordre social puisse être maintenu, il est nécessaire qu'il existe un mécanisme de détection et de sanction des infractions. Ce mécanisme est nécessairement « coûteux » pour les individus, soit parce qu'ils consacrent une partie de leur temps et de leur énergie à faire en sorte que le système soit maintenu (sanctions sociales), soit parce qu'ils participent « financièrement » au système sans participer obligatoirement à la détection et à la sanction. L'obligation de financement ne naît qu'à partir du moment où la gestion parfaitement décentralisée de la détection et de la sanction n'est plus efficiente et où il est nécessaire de faire appel à des autorités spécifiques. Il est théoriquement possible qu'un système juridique ne fonctionne qu'avec des fonds « privés », la question de la transformation de ce bien public en bien de type club est tout à fait possible. Il nous semble cependant que la simple existence d'un financement est suffisante.

¹⁸¹³ La présence du droit canon signifie que le groupe de référence est par exemple celui des chrétiens. Néanmoins, ce type de droit est très spécifique par rapport au droit étatique.

totale. Afin que nous nous trouvions dans un tel système, il est nécessaire que l'ordre social autorégulé par les autres systèmes normatifs soit dans une impasse, ou se révèle incapable d'assurer une efficacité satisfaisante. Ceci peut provenir de plusieurs facteurs : (1) lenteur dans l'adaptation des normes de l'ordre aux circonstances, (2) inefficacité des sanctions (en raison de leur magnitude, de la difficulté à identifier les actes litigieux, ou encore du risque pris par un individu lorsqu'il décide de sanctionner un comportement déviant, etc...), (3) nécessité de points de repères externes, etc...

Les normes juridiques peuvent donc reprendre (et même reprennent en partie¹⁸¹⁴) des normes extérieures afin d'en assurer un meilleur respect (cas du droit criminel par exemple), instaurer de nouvelles normes que les autres ordres sociaux ne peuvent pas assurer de façon efficace¹⁸¹⁵ ou encore établir des normes visant uniquement à assurer la survie du système juridique (essentiellement le mécanisme des impôts mais aussi certaines normes secondaires pour reprendre le vocabulaire de Hart).

Ce financement permet aussi, toujours dans une logique d'efficacité, de mettre en place des autorités spécialisées chargées soit d'identifier, soit de construire (et donc d'adapter), soit encore d'interpréter les normes du système. Ces mécanismes peuvent se retrouver dans d'autres ordres sociaux (cas des chamanes qui ont un accès privilégié aux messages des dieux, des anciens qui ont une expérience suffisante dans une tribu pour déterminer la règle à appliquer¹⁸¹⁶, etc.). Il est possible que la seule raison d'être d'un système juridique soit la sauvegarde d'un système extérieur qui n'arrive pas à se (auto)maintenir (conception se rapprochant du droit naturel) auquel cas il sera nécessaire qu'une autorité soit chargée de l'identification de telles normes¹⁸¹⁷.

Outre cette fonction de sauvegarde et d'identification, le système juridique est plus efficace que les autres systèmes pour construire certains types de normes (en vue de s'adapter aux circonstances, ou de mettre en place des biens publics, etc.). Le système juridique peut créer des normes *ex nihilo* et il s'agit là d'une des caractéristiques fondamentales des systèmes juridiques : un

¹⁸¹⁴ Cette idée se retrouve aussi chez Posner (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 108)

¹⁸¹⁵ notamment en raison de la nécessité d'adaptation ; il suffit de penser au problème de la parité. Il faudrait aussi tenir compte de la potentielle lenteur de mise en place de conventions, le système juridique peut ainsi fournir des points de coordination. Enfin, le problème de l'affichage des normes peut aussi être pris en charge par le droit là où l'absence d'un système centralisé est inefficace

¹⁸¹⁶ Si cette structure est centralisée, le financement est indirect. On pourrait, à la limite, évoquer l'idée de « pré droit » pour en rendre compte dans la mesure où le système juridique ne s'est pas encore « autonomisé ».

¹⁸¹⁷ Le système n'arrive pas à se maintenir soit car la norme n'est pas suffisamment « connue » ou internalisée, soit car la sanction de la norme n'est pas efficace ; dans les deux cas, il est nécessaire de l'identifier

système émergent ne peut créer de telles normes, l'ordre juridique est donc en partie construit. La construction et l'identification imposent un mécanisme d'interprétation, même si le principe originel est de réduire la marge d'interprétation des normes du système en passant par un système juridique censé être plus « objectif ».

Ce financement permet enfin de mettre en place des autorités chargées d'arbitrer les conflits entre les membres d'un groupe en déterminant la norme qui doit prévaloir. Cette caractéristique n'est pas spécifiquement « juridique », d'autres systèmes normatifs vont pouvoir en disposer. Ce sera le cas chaque fois qu'un arbitre est reconnu dans une société, l'arbitrage permettant d'identifier et d'interpréter des normes existantes. C'est le respect des normes existantes qui permettra de considérer que tel ou tel arbitrage est « juste ». La logique de l'arbitrage ne peut cependant survivre dans une société que si l'arbitre est considéré comme effectuant « bien » son rôle, puisque son autorité provient de cette qualité. Si l'ordre est suffisamment simple, l'évaluation de l'arbitre est relativement aisée puisque les intuitions de justice sont partagées. Si l'ordre se complexifie, l'arbitre ne sera plus suffisant pour faire perdurer le système et un affichage des « normes » deviendra nécessaire.

Ce financement, en permettant la mise en place d'autorités spécialisées dans certaines fonctions, laisse aussi supposer qu'il existe des méta-normes susceptibles de s'appliquer à ces individus, ne serait ce que pour leur désignation, et la détermination de leur pouvoir. Nous restons dans la logique d'un système de prix et d'incitations, mais nous passons à une dimension méta. Un individu qui souhaite ne pas respecter une norme examinera le coût de violation directe de la norme ainsi que le coût de modification directe de la norme. Ce dernier est déterminé par le coût lié à l'accession au pouvoir¹⁸¹⁸ et le coût lié à l'utilisation de ce pouvoir en vue de faire changer la norme¹⁸¹⁹ (moins les bénéfices liés à la position de pouvoir). Comme nous l'avons vu, la séparation des pouvoirs mais aussi l'ensemble des règles de procédure ont pour objet d'augmenter le coût lié à l'utilisation du pouvoir (ce qui permet de revenir sur la nécessité de financement de la structure centralisée). Lorsqu'il n'existe aucune règle de procédure, l'arbitraire

¹⁸¹⁸ Ce coût sera différent en raison du mode de désignation des dirigeants, auquel il faudra comparer le coût de l'insurrection pure et simple. L'élection a un coût différent de la désignation par une instance politique. De la même manière, une règle du type « telle assemblée compte 500 membres » n'est qu'un paramètre permettant de déterminer le coût dans la mesure où, toutes choses égales par ailleurs, il est plus facile de rentrer dans une assemblée de 500 membres que dans une assemblée de 200 membres, même si le pouvoir de décision est moins grand dans une assemblée de 500 que dans une assemblée de 200.

¹⁸¹⁹ Ce coût est généralement déterminé par les règles de procédure.

reste limité au risque de se faire renverser (risque qui dépasse le système juridique¹⁸²⁰ même lorsque celui-ci reconnaît un droit de résistance à l'oppression).

Le droit est un ordre qui se caractérise aussi par sa capacité à produire des normes autoréférentielles. Cette caractéristique est cruciale. Les normes relatives au fonctionnement de l'ordre comprennent les méta-normes au sens classique mais aussi les normes « définitionnelles » (surtout présentes dans les pays de droit écrit¹⁸²¹). Ces dernières rendent possible le fonctionnement du système d'incitation. Par exemple, au niveau constitutionnel, définir le Parlement comme l'ensemble formé par l'Assemblée nationale et le Sénat pourrait sembler non normatif : cette « norme » n'a aucune influence directe sur le comportement des individus. Néanmoins, elle rend possible la compréhension d'une norme du type « le parlement vote la loi ». Dès lors que le code juridique utilise un vocabulaire spécifique, distinct du langage commun, il doit spécifier le sens des termes afin que l'application des normes ayant une influence plus directe sur les individus soit possible (par exemple une règle qui dispose que le « contrat emporte certaines conséquences » n'a aucun impact sans une définition de ce qu'est le contrat)¹⁸²². La présence de normes définitionnelles est une des caractéristiques des systèmes juridiques qu'on ne retrouve pas, en règle générale, dans les autres systèmes normatifs. *Le droit crée son propre vocabulaire, tout en réutilisant le langage d'une société* (l'ensemble des problèmes juridiques viennent de là).

C'est la nécessité d'une structure centralisée et de son financement qui « impose » la présence de méta-normes, lesquelles ne sont plus que des « indices » et des conséquences logiques de cette nécessité. Nous restons toujours dans la logique de l'efficacité.

Le système juridique ne peut se retrouver que dans des sociétés suffisamment complexes¹⁸²³ : la population doit être importante et il doit exister une certaine hétérogénéité entre les individus

¹⁸²⁰ En effet, pour qu'une telle règle fonctionne, il n'est pas nécessaire de disposer d'une structure centralisée et financée. Le principe de l'insurrection est qu'elle provient des individus eux-mêmes : ils sont les seuls à pouvoir assurer le respect de la règle, elle fonctionne de la même manière qu'une norme morale (ce qui permet d'avancer l'idée qu'une moralité minimale est une condition de survie du système juridique). La reconnaissance « juridique » du droit de résistance à l'oppression est donc inutile sauf si l'affichage juridique modifie la perception de la structure de coûts. Cette possibilité permet de faire un « pont » direct entre les différentes structures normatives et le droit semble « contraint » par ces autres structures.

¹⁸²¹ Notons cependant qu'une grande partie de la jurisprudence vise justement à faire émerger de telles normes.

¹⁸²² La présence de telles normes laisse penser que le système juridique essaye, lui aussi, de tendre vers une forme d'axiomatisation que l'emploi du langage rend impossible. En un sens c'est l'ensemble normatif qui a une influence sur les actions des individus et non une règle spécifique de l'ensemble normatif considéré.

¹⁸²³ L'idée de transition de la solidarité mécanique à la solidarité organique proposée par Durkheim peut être éclairante sur ce point. Hart fait d'ailleurs (sans le savoir ?) une référence à la conception de solidarité mécanique lorsqu'il décrit les sociétés simples dans lesquels un système juridique n'est pas nécessaire (Herbert Hart, *The Concept of Law*, [1961] 1984, Oxford

(sans quoi les normes juridiques n'auraient qu'un intérêt très minime puisque des conventions de sens seraient plus probables). En effet, un tel système étant coûteux, il ne peut se maintenir (mais aussi émerger) que si les bénéfices de ce système dépassent ses coûts. Cette idée se retrouve chez certains théoriciens du droit comme Hart ou Hayek¹⁸²⁴.

Ces éléments permettent à l'économie « d'identifier » une structure spécifique considérée comme « juridique ». Néanmoins, *l'économie est incapable de proposer un critère de juridicité puisque ce critère ne peut être qu'interne au système juridique*. La question de la validité, par exemple, n'est pas une question économique alors qu'elle fonde l'idée de système juridique (du point de vue du code juridique). Il est possible de justifier et de retrouver la logique de la « validité » (et non la validité elle-même) à travers l'analyse économique (notamment avec l'identification des méta-normes et autres normes définitionnelles), mais le raisonnement n'est pas entièrement satisfaisant¹⁸²⁵. La définition économique du droit ne s'intéresse pas directement à ce qui fait du droit un système, même si la présence de normes autoréférentielles est fondamentale à cet égard. Ces éléments permettent aussi de justifier la présence de l'Etat ce qui signifie, comme Kelsen le soutenait, que l'Etat et le droit sont, si ce n'est identiques, au moins intimement liés. Après tout, *une structure étatique vise l'ordre social d'une société et n'existe qu'à travers lui*.

Le système juridique, sous l'angle économique, est donc (1) un système de prix et d'incitations (car il s'agit d'un système normatif spécifique¹⁸²⁶) (2) visant à influencer (et à ordonner) les actions des individus¹⁸²⁷, (3) ayant le

University Press, Oxford, 263 pages, pp 89-90) : « *It is plain that only a small community closely knit by ties of kinship, common sentiment, and belief, and placed in a stable environment, could live successfully by such a régime of unofficial rules* ».

¹⁸²⁴ Le mécanisme de l'émergence du droit est d'ailleurs assez semblable chez les deux auteurs. Hart fait même une référence directe à l'idée d'inefficacité des sociétés « simples » (Herbert Hart, *The Concept of Law*, op cit) qui conduit à l'émergence d'un système juridique. Hayek suit une approche similaire lorsqu'il explique l'émergence du système juridique (point précédemment développé).

¹⁸²⁵ L'économie s'intéresse aux actions et aux possibilités d'actions. La validité permet de qualifier une règle de règle au regard d'un système juridique. Or, pour l'économie, la validité de la règle ne touche qu'une question de coût. Si un individu souhaite modifier le droit, il faut qu'il existe une validité et le fait qu'une règle ait des effets dans le système juridique est signe de sa validité. La question de la validité n'est donc pas pertinente pour l'économie car seule compte l'effet de la règle et donc sa perception. L'utilisation des normes définitionnelles permet de redonner une certaine cohérence en supposant qu'une norme n'est juridique que si elle respecte les conditions pour être une norme juridique, conditions en partie posées par les normes définitionnelles.

De même, l'analyse économique du droit ne s'intéresse qu'aux normes du système sans analyser l'impact de ces normes sur les autres normes du système. Autrement dit, l'analyse économique du droit perçoit le système juridique avant tout comme un ensemble de normes sans insister sur cette dimension systématique pourtant fondamentale dès lors que des relations existent entre les normes (même si nous faisons l'hypothèse de la modularité).

¹⁸²⁶ Le problème est alors de déterminer ce qui fait la « systématité » du système normatif.

caractère de bien public (ou se présentant comme ayant ce caractère) identifiable¹⁸²⁸ et (4) nécessitant un financement comptable pour son fonctionnement en raison de sa structure centralisée (5) qui conduit à la production de normes autoréférentielles (du point de vue du système). Pour cette dernière raison, (6) le système juridique ne peut se rencontrer que dans une société suffisamment complexe.

Les spécificités du système juridique n'imposent pas toujours une modification de l'approche économique des normes et l'approche économique des normes spécifiquement juridiques. Néanmoins, comme le système juridique se surajoute à des ordres existants, l'analyse économique du droit ne peut en nier l'existence et doit les prendre en compte, sauf à ne réaliser qu'une analyse purement interne des systèmes juridiques. Si nous supposons que les ordres normatifs ont un impact sur les préférences des individus, le passage de la théorie au réel est problématique (le « toutes choses égales par ailleurs » n'étant pas négligeable). Il sera donc nécessaire de qualifier les résultats de ce type d'analyse : *l'analyse est-elle interne, auquel cas elle ne serait pas suffisante pour agir sur le réel, ou est-elle globale, auquel cas l'analyse économique du droit serait en fait une analyse économique de la structure normative globale ?*

Par ailleurs, *en n'insistant pas sur la dimension systémique* (à la fois dans une dimension formelle et substantielle) *du droit* (droit comme ensemble de normes sans nécessaires relations entre elles) *l'analyse économique du droit peut omettre dans ses analyses les effets indirects des modifications des normes.* Même si le système juridique est découplé du système normatif global, la dimension systémique du droit limite la pertinence d'une analyse des normes « en isolation », sauf à spécifier explicitement ce point de départ dans l'analyse. L'exemple le plus marquant est celui de l'analyse des règles de procédures et de l'analyse des règles issues des règles de procédure (si la première est efficiente, comment considérer que la seconde ne l'est pas ?). L'analyse en isolation de l'une et de l'autre est, pour le moins, problématique. *Le droit est donc perçu, économiquement, comme un ensemble de règles isolées et non comme une ensemble d'ensembles de règles en interactions¹⁸²⁹.*

Enfin, l'impact économique de la gestion du système juridique ne peut être systématiquement écarté puisque si une règle semble conduire à une situation désirable, il est possible que sa gestion oblige à ne pas l'adopter. La recherche de la règle abstraite optimale ne peut donc se réaliser sans

¹⁸²⁷ il vise à la création d'un ordre social différent de celui lui préexistant ; le système n'a pas à être efficient et effectif pour être qualifié de droit

¹⁸²⁸ ce qui permettrait, éventuellement, de réintégrer les problématiques de l'autorité, ce que ne fait cependant pas l'analyse économique traditionnelle

¹⁸²⁹ Notons à ce propos qu'il est délicat de délimiter ce qui fera l'unité d'un sous-ensemble. Une règle peut déjà contenir plusieurs normes « simples » (encore faudrait-il arriver à déterminer le sens de cette dernière expression), la règle sera pourtant analysée et perçue comme une unité. Logiquement rien n'interdit donc de considérer qu'une « règle » est en fait un ensemble de règles.

une véritable prise en compte de ses coûts de gestion (ce qui peut avoir des impacts non négligeables, il suffit de penser à l'argument de la double distorsion). Ceci explique par exemple la différence des règles entre les meubles et les immeubles en droit des biens. Pour les premiers, en principe, la possession vaut titre¹⁸³⁰, pour les seconds, un titre est en principe nécessaire (sauf prescription acquisitive¹⁸³¹).

§2. L'obligation de respecter le droit du point de vue de l'analyse économique : la question de la normativité du droit

Un système de prix et d'incitations n'est pas un système d'obligations. Dans ce système, le respect des normes n'est pas « obligatoire » ; les individus peuvent se comporter comme ils le souhaitent à condition d'en payer « le prix ». Il n'y a pas d'impératif catégorique mais uniquement des impératifs hypothétiques ; le droit se contente d'inviter à tel ou tel type de comportement. Le respect de la norme dépend donc uniquement du prix attaché à son non respect. Le caractère de bien public du droit n'est pas censé modifier les représentations des individus sur la force de la norme : *seule la sanction juridique ou sociale et sa probabilité comptent, sa « légitimité » n'aurait aucune influence.*

Un acte illégal est « autorisé » si un individu en paye le prix. Autrement dit, entre une activité légale pour laquelle il faut payer une taxe (par exemple une société doit payer une taxe en fonction de ses émissions de CO2) et une activité illégale (interdiction de dépasser un certain seuil d'émissions de polluants) pour laquelle un individu va payer une amende de même magnitude, il n'existe aucune différence, si nous nous limitons à la dimension du droit et ne prenons pas en compte les systèmes non juridiques (qui peuvent « colorer » le système juridique d'une façon différente, *infra*).

De même, l'absence de sanction à la violation d'une norme juridique illégale ne fait que réduire l'illégalité de droit en une légalité de fait, la normativité du droit se réduisant aux sanctions qu'il met en œuvre directement, ou dont il fait l'objet (sanction sociale pour non respect du droit). Les individus sont censés se comporter exactement de la même façon dans les deux systèmes (si nous

¹⁸³⁰ Article 2279 du code civil. Le coût de gestion serait sinon prohibitif puisqu'il faudrait garder l'ensemble des « preuves » de la validité de la possession, ce qui limiterait le transfert des biens et la sécurité juridique. Le risque serait alors d'inciter au vol, ce que la seconde partie de l'article cherche à gérer.

¹⁸³¹ Cette règle s'explique aussi par le coût de gestion du système d'une manière assez similaire à la règle en matière de meubles (elle rassure sur la qualité de possesseur). Elle permet aussi de limiter les comportements stratégiques.

ne tenons pas compte des ordres non juridiques). Dans un tel système il n'existe donc pas, à proprement parler, d'obligations¹⁸³².

Si par contre une normativité (autre que tirée des sanctions ; par la suite nous entendrons la question de la normativité comme « obligation » de respecter le droit) était véritablement reconnue aux normes juridiques, les individus devraient se comporter différemment selon le caractère légal ou non de l'activité et, intuitivement, il semblerait que cela soit le cas : si voler une voiture oblige le voleur à payer 10€, cette sanction, même faible, conduit tout de même certains individus à respecter le droit car il est le droit (même si, au final, il est possible de retrouver la logique prudentielle). *Le droit est censé avoir une normativité propre* (un poids dans la décision des individus) *qui dépasse son pouvoir de sanction* (le poids de la norme est donc supérieur au poids de la sanction qu'elle prévoit pour son non respect).

Du point de vue de l'analyse économique du droit, la reconnaissance de la normativité conduit à « limiter » certains résultats de cette analyse puisque les individus ne respectent pas le droit uniquement en raison des sanctions mais aussi, en partie, pour son qualificatif de « droit » (ce qui suppose donc de pouvoir identifier cette entité et de savoir s'il s'agit réellement du droit). Potentiellement, la présence d'une normativité pourrait remettre en cause les axiomes de l'analyse économique, et notamment l'axiome de rationalité, ainsi que les résultats de l'analyse économique qui se fondent uniquement sur l'hypothèse de normativité prudentielle. *Afin de pouvoir intégrer cette dimension dans l'analyse économique, cette dernière réinterprète dans son code la question de la normativité, ses résultats conduisant à faire émerger de nouvelles perspectives car la normativité, économiquement, est introuvable.*

Au regard de la présentation que nous avons faite, aucun système incitatif ne dispose de cette caractéristique de normativité du point de vue de l'analyse économique (le caractère normatif de l'ordre se réduisant à le considérer comme un ensemble de règles dont la violation est sanctionnée lorsqu'elle est découverte¹⁸³³). Ceci résulte de l'interprétation que nous donnons des actions des individus et non des réelles « raisons » ayant poussé l'individu à agir ainsi. *Un individu qui suit une norme peut la suivre car il a peur de la sanction ou pour d'autres raisons, néanmoins une telle proposition est objectivement indécidable.* Le code de l'économie se focalise sur certains éléments (car il est un code) et sa façon de structurer la réalité conduit directement à une réponse à la question des raisons du respect du droit.

¹⁸³² Nous retrouvons ici en un sens la critique de Austin par Hart (Herbert Hart, *The Concept of Law*, op cit, spécialement pp 82-84)

¹⁸³³ La normativité signifie donc qu'il existe des raisons autres que la sanction pour respecter le droit ou n'importe quel système de « normes ».

Si nous souhaitons tirer toutes les conséquences du système d'interprétations que propose l'analyse économique, deux traits caractéristiques apparaissent. Ces traits peuvent apparaître comme des « angles d'attaque » concernant l'approche économique du droit et sa « désirabilité » : si une théorie n'arrive pas à expliciter de façon « désirable » certaines caractéristiques qui semblent « essentielles », cette théorie pourra être attaquée, de façon externe, pour ne pas en tenir compte.

D'une part, *économiquement, le droit n'a aucune limite substantielle a priori ; le concept de droit est donc découplé du contenu du droit et la normativité du droit ne peut pas se trouver, en totalité, dans le contenu du droit.* Du point de vue de l'analyse économique du droit, la « justice » ou la « légitimité » d'une norme est tout à fait accessoire, la justice ne se trouvant que dans l'efficacité et dans une approche strictement pragmatique. Le droit n'a pas à être respecté parce qu'il est « juste » (n'a pas de normativité en raison de sa relation avec la justice), il doit être respecté si un individu ne souhaite pas payer le prix de son non respect (normativité purement prudentielle). De même, le droit n'a pas à être juste, il est un instrument de contrôle social, un outil au service de considérations purement politiques. En désacralisant le droit, la normativité non prudentielle du droit tend à disparaître, cette disparition n'étant qu'une conséquence du code de l'analyse économique du droit (A).

D'autre part, *s'il existait une véritable normativité non prudentielle, l'analyse économique serait dans l'obligation de modifier son système d'interprétation ou de qualifier ses résultats.* Afin de sauvegarder son système, elle est susceptible de proposer une réinterprétation de la question de la normativité en essayant d'en dégager une logique profonde susceptible de se fonder sur les postulats de base de l'analyse économique (B). L'idée de normativité est ainsi *économiquement* un leurre désignant le produit d'un système de prix et d'incitations.

En nous intéressant aux raisons pour lesquelles les individus respectent le droit, nous continuons à interroger le concept de droit sous l'angle de l'analyse économique (un angle négatif). Le droit n'est pas du « droit » en raison de son contenu ou en raison de sa perception (normativité non prudentielle), il n'est du droit qu'en raison de sa fonction et de certaines caractéristiques « externes » que nous avons présentées, notamment la nécessité de son financement. Sa normativité apparente ne résulte pas intrinsèquement de sa qualification, de son contenu ou de sa procédure mais provient davantage d'une perception plus large du système normatif.

A. La disparition de la normativité dans l'analyse économique du droit, une conséquence de son code ?

Le droit, du point de vue de l'analyse économique, n'a aucun contenu nécessaire (y compris procédural). Il est, sous l'empire de ce code, un instrument de contrôle social (1) et, comme tel, son contenu dépend des objectifs de ce contrôle et donc des « préférences » de la population sur laquelle il s'applique (ou des dirigeants), et du système normatif préexistant au système juridique. Si nous acceptons (au moins pour des raisons purement méthodologiques) les critères d'efficacité de l'analyse économique, le droit est un outil d'efficacité et toute norme susceptible d'améliorer l'efficacité est « recommandable ». Virtuellement, le droit pourrait contenir en son sein des normes « injustes », « inhumaines » ou plus généralement « inacceptables » sans perdre son qualificatif de droit, et l'analyse économique pourrait même aider les « tyrans » à « améliorer » leur système « juridique ». La justification de la normativité non prudentielle comme caractéristique du droit est alors plus délicate à reconstruire que lorsque le droit est encadré « substantiellement » ou « sacralisé »¹⁸³⁴.

De ce point de vue, l'analyse économique du droit se rapproche du positivisme dans la mesure où le qualificatif de droit n'est pas réservé à un droit qui contient certaines normes ou certaines caractéristiques mais à un système abstrait essentiellement formel (qui n'a donc pas à être limité substantiellement ou par sa normativité non prudentielle, laquelle renvoie à l'idée de contenu – soit des normes, soit des méta-normes). L'analyse économique du droit est critiquée par les théories du droit naturel ou les théories pour lesquelles une dimension substantielle spécifique est inhérente au concept de droit (« justice » notamment). Elle peut donc tomber sous le coup des mêmes critiques que le positivisme juridique. L'opposition est externe et non interne à la logique de raisonnement proposée par l'analyse économique du droit¹⁸³⁵, si bien que la critique manque sa cible (à l'instar de toute critique « externe »).

Il semble nécessaire de bien distinguer la valeur analytique – qui dépend uniquement de la consistance des déductions tirées du système d'interprétation¹⁸³⁶ – et la valeur normative – qui porte un jugement externe à l'analyse sur les résultats de cette analyse – d'une théorie ou d'une approche du droit. Cette valeur normative n'est valable qu'en raison de l'acceptabilité « externe » de son système

¹⁸³⁴ donc lorsqu'il existe des limites au contenu du droit, y compris le contenu relatif à la procédure

¹⁸³⁵ Plus généralement une valeur ne peut pas se prouver, elle ne peut que se justifier.

¹⁸³⁶ En supposant que la valeur analytique se réfère à une épistémologie « scientifique ».

d'interprétation (ce qui suppose la présence de critères externes d'évaluation¹⁸³⁷) ; n'étant valable que dans son système d'interprétation (acceptabilité « interne »), elle est purement analytique (relativement à son système d'interprétation, la valeur étant, au sein du système « objective »¹⁸³⁸). L'acceptation du nihilisme au sein de l'analyse économique est donc différente de l'acceptation du nihilisme en dehors du modèle que propose l'analyse économique.

Reconnaître l'absence de contraintes à la substance du droit conduit à nier la normativité du droit comme qualificatif impératif, sauf à considérer que sa seule appellation a un effet, en dehors de son contenu ou de la procédure ayant permis d'atteindre ce contenu. *L'analyse économique, contrainte par son code, évacue la normativité du droit pour des raisons avant tout méthodologiques* (2). Elle est un positivisme et aspire à la scientificité ; elle est un point de vue revendiqué pour interroger les certitudes en termes de « valeurs », ou pour dégager les « valeurs » avancées d'une certaine logique.

1. Le droit comme instrument de contrôle social : la désacralisation du droit et la perte de normativité a priori

Le point de vue économique sur le système juridique conduit à percevoir ce dernier sous l'angle de la fonction¹⁸³⁹ ; le droit n'est qu'un instrument de contrôle social (au niveau des normes ou au niveau des méta-normes) parmi d'autres (malgré certaines spécificités) sur lequel les hommes peuvent agir « directement ». Il est donc, au moins pour partie, un outil d'action politique et le résultat d'un jeu politique. Nous « achevons » (pour mieux dépasser¹⁸⁴⁰) la loi des trois états de Comte, l'analyse économique constituant l'approche « scientifique » ou « positive »¹⁸⁴¹ qui démythifierait le droit pour une approche « rationnelle », voire même « objective », d'un tel phénomène (Comte n'avait cependant pas anticipé Kuhn si bien que la science est elle-même plurielle).

¹⁸³⁷ De ce point de vue, tout conflit de valeur n'est en fait qu'un conflit de schémas d'interprétation et toute discussion sur les valeurs ne peut aboutir via une méthode « scientifique ».

¹⁸³⁸ Elle n'est d'ailleurs même pas considérée comme une valeur.

¹⁸³⁹ En ce sens là, l'analyse économique du droit est très moderne puisqu'elle se focalise sur la relation (la ligne) et non la substance (le point).

¹⁸⁴⁰ Voir le dernier chapitre de notre thèse.

¹⁸⁴¹ Ce point sera détaillé dans notre prochaine section dans la mesure où le relatif succès de l'analyse économique du droit est dû au « vide » qu'elle comble. Comme nous le développerons dans la seconde partie de notre thèse, l'approche strictement scientifique des phénomènes juridiques mérite une qualification dans la mesure où l'analyse « scientifique » des phénomènes sociaux ne peut pas être « neutre ».

Cette perspective opère un renversement. *Si le droit est purement politique, il est « strictement humain » et ne dispose pas de la « sacralité » qu'il pouvait avoir lorsqu'il était supposé dériver des dieux ou de la nature des choses* (même si le mythe de la volonté générale semble, lui aussi, viser la sacralisation du droit). Cette sacralité provenait de l'idée que les hommes ne faisaient pas le droit¹⁸⁴² mais qu'il leur était imposé ou dicté (parfois même par leur simple « rationalité »), que le contenu du droit n'était pas « libre » et qu'il n'existait aucune « valeur » politiquement contestable : il n'y avait que la « justice » (au singulier¹⁸⁴³) et celle-ci était davantage une question de faits qu'une question de valeurs. Cette conception est encore possible dans une société parfaitement homogène culturellement puisque le concept de justice peut alors être partagé. Néanmoins, dès lors que la société atteint un degré d'hétérogénéité suffisant, la justice devient plurielle car il faut d'abord s'accorder sur un concept avant de pouvoir l'utiliser et rien, factuellement, ne permet une décision strictement « technique » (n'importe quel individu suffisamment « technicien » pourrait résoudre un cas, à la manière de la résolution d'un problème mathématique)¹⁸⁴⁴.

La normativité du droit était alors plus « évidente » en raison des « déterminants » (et surtout de leur valorisation) du contenu du droit (la « normativité » du droit dériverait de la procédure de détermination du contenu plus que du contenu¹⁸⁴⁵). Cette sacralité permettait ainsi au droit de se hisser au rang d'autorité et de gagner ainsi une « normativité » qu'il n'avait pas comme simple pouvoir (elle permettrait donc de dépasser, au moins en apparence, la normativité prudentielle). En tout état de cause l'analyse économique ne peut pas distinguer, à l'aide de son code, entre pouvoir et autorité. Un individu peut respecter une règle pour de nombreuses raisons, seul compte le fait qu'il la respecte ou qu'elle semble avoir un impact sur son comportement et rien ne permet de dire si la normativité du droit est alors prudentielle ou extraprudentielle.

¹⁸⁴² Plus précisément, le droit était présenté comme ne dérivant pas de la volonté des hommes. Il est cependant douteux que la dimension politique de ces règles n'ait pas été perçue par les « législateurs » (au sens large). Il suffit de penser au rôle de la religion, notamment catholique, durant le « moyen âge » (essentiellement dans sa relation avec le pouvoir politique « officiel »).

¹⁸⁴³ Et ce singulier peut avoir un sens si une « communauté » est suffisamment homogène (qui n'a pas à s'interroger sur les valeurs à promouvoir car ces valeurs sont « inscrites » dans la culture des membres de celle-ci).

¹⁸⁴⁴ Nous retrouvons ici la distinction d'Aristote sur laquelle nous présenterons des éléments supplémentaires dans notre seconde partie. En effet, la prise en compte de la rationalité pratique comme rationalité différente de la rationalité scientifique constitue une distinction fondamentale pour bien comprendre la « nature » du raisonnement juridique.

¹⁸⁴⁵ Même si le contenu constitue un « signe » de la procédure de constitution, si bien qu'il est délicat de séparer radicalement les deux. Le « socle » de la normativité sera analysé dans la prochaine sous partie. Notons que Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, 2006, Princeton University Press, Princeton, 299 pages, p 4 distingue, la légitimité et la moralité comme fondement de la normativité. La légitimité fait référence à la perception de l'autorité éditrice de la norme, la moralité fait référence au contenu de la norme.

Si le droit est purement politique, il peut avoir n'importe quel contenu valorisé, directement ou indirectement, par les « dirigeants » et rien n'interdit, a priori, un découplage total entre la justice et le droit. *L'espace de recherche de solutions n'est pas borné par des considérations morales mais uniquement par l'idée d'efficacité ou par des valeurs externes posées préalablement à l'analyse* (il pourrait être utile, parfois, de réaliser une analyse économique de l'analyse économique du droit). La normativité est plus délicate à retrouver si nous supposons que la normativité se retrouve dans une certaine légitimité du droit.

Sous cet angle, le droit n'est qu'une pure forme dont le contenu importe peu pour sa qualification ; un outil au service de n'importe quelle fin. Le droit comme objet d'analyse ne vise donc pas nécessairement le droit comme valeur (assez proche de l'idée de justice)¹⁸⁴⁶. Une telle approche et le modèle de droit proposé par l'analyse peuvent donc être considérés comme « nihilistes » dans la mesure où le concept de droit n'est soumis à aucune « valeur » (et pour cette raison la normativité peut faire problème puisqu'elle est introuvable dans le code du système). L'absence de telles valeurs n'empêche cependant pas le déploiement de l'analyse économique du droit (seule compte une structure abstraite du phénomène permettant de le codifier économiquement)¹⁸⁴⁷. Dès lors, pour l'analyse économique du droit, le droit nazi est du droit s'il en reprend la forme ou si ce qualificatif lui a été appliqué.

L'analyse économique du droit, dans une dimension plus normative, valorise l'objectif d'efficacité. L'efficacité peut être relative à la richesse (critère de maximisation de la richesse) ou à n'importe quel autre critère normatif externe (il s'agira alors de savoir si l'objectif peut être atteint à moindre coût ou si, à coûts fixes, il est possible de faire plus). Néanmoins, *la normativité d'une règle juridique ne peut pas se retrouver dans cette règle juridique.*

Dans le premier cas (maximisation de la richesse), l'analyse économique – et l'image du « bon » droit qui en résulte – n'est pas nihiliste car elle peut qualifier un droit de « bon » relativement à ce critère¹⁸⁴⁸. Le droit qu'elle propose n'est nihiliste (plus précisément potentiellement immoral) que dans la mesure où des considérations normatives externes sont « imposées » et qu'il existe des « décalages » entre ces considérations externes et les recommandations de l'analyse¹⁸⁴⁹. C'est en ce

¹⁸⁴⁶ Ce double sens de la notion de droit est certainement à l'origine de confusions ; de même que la sacralité originelle des normes « juridiques ».

¹⁸⁴⁷ Pour une analyse économique des systèmes d'esclavage voir, par exemple, Yoram Barzel, *An Economic Analysis of Slavery*, 1977, *Journal of Law and Economics*, vol 20, pp 87-110.

¹⁸⁴⁸ Notons qu'une théorie normative ne peut pas être nihiliste (au sens de l'absence de valeurs).

¹⁸⁴⁹ Ce point a déjà été développé lorsque nous nous sommes intéressés à l'efficacité et à sa valeur normative (voir notamment la bibliographie y étant relative). Nous renvoyons notamment au débat entre Malloy et Posner.

sens qu'un certain nombre d'articles utilisant les techniques de l'analyse économique du droit peuvent être ou ont été « critiqués », le plus célèbre étant celui relatif à l'ouverture du marché pour les bébés¹⁸⁵⁰. Le résultat de l'analyse étant en décalage avec une certaine « intuition » de justice (valeur souvent associée à l'objectif du droit). *Sous l'empire du critère d'efficacité, il n'existe, a priori, aucune limite au contenu du droit ; il n'existe aucune valeur « intrinsèque » au contenu des règles juridiques.* Le droit n'est donc « normatif » qu'en raison de l'adhésion à des valeurs qui se situent en dehors de la formulation des règles juridiques.

Dans le second cas, l'efficacité n'est qu'une norme de second niveau. Elle n'est pertinente que lorsque l'objectif social a été déterminé (l'analyse n'est dès lors pas autonome puisque la détermination de l'objectif n'est pas une question strictement économique) et qu'il n'existe pas de « valeur à promouvoir nécessairement » en ce qui concerne le droit (et le qualificatif retrouve sa « forme pure »). L'analyse économique et le droit qu'elle propose peuvent donc se révéler encore plus immorales et même totalement nihilistes puisque les deux systèmes viseront à promouvoir n'importe quelle valeur externe leur étant proposée. L'analyse économique peut théoriquement s'intéresser à l'efficacité du droit nazi compte tenu de ses valeurs, à rendre plus efficace des ségrégations, etc. La dimension d'outil de l'analyse économique, et du droit, est ici évidente. Comme telle l'analyse économique ne dispose pas de critères lui permettant de retrouver une normativité du droit dans la formulation des règles juridiques : *la simple formulation ne fait pas l'obligation au regard du code de l'analyse.*

2. L'analyse économique comme approche « positiviste » du droit : le rejet de la normativité comme conséquence (ou simplification) méthodologique

L'analyse économique du droit est avant tout un point de vue sur le droit compris comme objet externe. Comme elle précise – relativement – ses axiomes de base et que ceux-ci sont purement méthodologiques, elle peut être considérée comme « positive », en ce sens qu'elle ne fait que tirer les conclusions d'un code fixé à l'avance lorsqu'elle analyse l'objet « droit ».

Reprocher à l'analyse de ne pas tenir compte de la dimension normative du droit manque donc son objectif, comme toute critique du concept de droit ressortant de cette analyse, dans la mesure où de telles critiques ne sont pas internes et ne prennent pas en compte les objectifs de l'analyse. Néanmoins, si une analyse se présente comme purement descriptive du « réel » et non du modèle, ou même valable normativement sans tenir compte de ses axiomes, elle peut tomber, justement,

¹⁸⁵⁰ Par exemple, Elizabeth Landes et Richard Posner, *The Economics of Baby Shortage*, op cit.

sous les coups d'une telle critique car le réel n'est pas aussi « unidimensionnel » que dans son approche.

Le rejet de la dimension normative du droit est même une condition de l'application d'une analyse économique pertinente. Ceci ne signifie pas que le droit ne puisse pas avoir une dimension normative, mais simplement que, du point de vue de l'analyse économique du droit, négliger cette possible dimension permet à l'analyse de gagner en cohérence. En effet, ajouter la notion de normativité revient à s'interroger sur la force de cette dernière et, au-delà des problèmes de mesure de cette « force », il est vraisemblable que selon la culture d'un pays, la force normative du droit (ou même d'une règle juridique) varie¹⁸⁵¹. Plus encore, il est probable que la logique de la normativité ne fonctionne pas exactement comme une « force », même si nous pouvons rationaliser l'impact de la normativité sur les actions en termes de « forces »¹⁸⁵². La « qualité » du respect peut ainsi apparaître comme une valeur négligée lorsque le respect est perçu comme une contrainte purement externe. De même, différents individus attribueront des pondérations différentes à la « normativité » du droit (ou des pondérations différentes en fonction des différentes règles juridiques ou des différents auteurs des règles juridiques) et rien n'empêche de considérer que certains individus respectent le droit pour des raisons purement prudentielles (nous retrouvons alors la prescription de Holmes, reprise par Posner : analyser le droit du point de vue du *Bad Man*¹⁸⁵³). Ces derniers peuvent constituer un idéal type à partir duquel tout le système pourra se construire (car la dimension prudentielle est une raison *a minima* du respect du droit¹⁸⁵⁴).

¹⁸⁵¹ Cooter reconnaît ce point (Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, op cit, p 376) sans pour autant avancer l'idée de nécessité de cohérence interne du système. Il précise que « *the important point concerns a difficulty in applying the economic theory of preferences to respect for the law* » (*ibid*). Cooter propose même quelques intuitions pour faire entrer le respect du droit dans le cadre de l'analyse économique (cf *infra*)

¹⁸⁵² La distinction de Raz entre les « *first order reason* » et les « *second order reason* » (Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, [1975] 1999, Oxford University Press, Oxford, 224 pages, spécialement pp 35-48 ; voir aussi Joseph Raz, *Reasons for Action, Decisions and Norms*, 1975, *Mind, New Series*, vol 84, pp 481-499) ne peut ainsi être réintégrée dans le code de l'économie qu'au prix d'une certaine perte théorique. Il faudrait faire une analyse coûts-bénéfices relative à l'intérêt d'une autre analyse coûts-bénéfices. Une telle réinterprétation se retrouve par exemple chez Kornhauser (Lewis Kornhauser, *The Normativity of Law*, 1999, *American Law and Economic Review*, vol 1, pp 3-25, spécialement p 8) : « *Raz's account of the role of norms focuses on exclusionary reasons which are second order reasons for action that direct the decision maker to exclude – or to put a weight of zero on – some class of first order reasons for action* ». La logique de l'exclusion a priori, sans prendre en compte, même rapidement, les potentialités de la violation de la règle s'accrochent assez difficilement avec la logique de l'analyse économique. Cette approche est critiquée, par exemple par Frederick Schauer, *Playing By the Rules, A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, 1991, Clarendon Press, Oxford, 254 pages, spécialement p 117 (où l'auteur avance l'idée d'une force normative, idée qui entre facilement dans le code économique). En tout état de cause, envisager la normativité laisse supposer que la force normative varie en fonction de la norme ce qui pose un problème d'identification difficilement soluble « scientifiquement ».

¹⁸⁵³ « *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 of it, in the vaguer sanctions*

Si la normativité, était prise en compte dans toute sa complexité, les principes de l'individualisme méthodologique et de l'application d'un modèle unique de rationalité ne seraient plus possibles. Ainsi l'aspect « scientifique » de l'analyse pourrait être remis en cause car l'analyse économique du droit perdrait en « unité » et en cohérence. Les modélisateurs devraient aussi justifier les raisons pour lesquelles ils retiennent telle ou telle « force » en ce qui concerne la normativité de telle ou telle norme particulière. Il serait même impossible de prévoir les réactions des individus aux modifications des règles juridiques si nous considérons que la force normative dépend, pour partie au moins, du contenu de la règle juridique (et plus encore de la perception du contenu ou de la procédure ayant engendré cette dernière).

Négliger la dimension de la normativité permet, en outre, d'analyser avec les mêmes outils les différents systèmes juridiques (en raison de l'universalité de cette méthode). L'analyse économique du droit peut alors être utilisée comme méthode d'approche pour la comparaison des systèmes juridiques en fournissant un « code » unique à cette fin (ce qui ne signifie pas que ce « code » soit suffisant ou nécessairement pertinent)¹⁸⁵⁵. Le code devra adopter un « objectif social » afin de comparer les systèmes, et rien n'interdit d'adopter un critère différent de l'efficacité économique. La comparaison, dès lors que les axiomes et les limites de l'analyse sont bien précisés, peut être considérée comme « neutre » (relativement à cette analyse¹⁸⁵⁶) ou « objective ». La valeur de la comparaison relève cependant, pour le réel, d'une appréciation qui dépasse la pure logique économique et doit tenir compte des dimensions culturelles des systèmes analysés.

of conscience » (Oliver Holmes, *The Path of Law*, op cit, p 459). Dans le même sens, voir Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, spécialement pp 223-224 qui précise notamment que, pour lui, « *Whether there is an independent moral obligation to obey law may thus be an issue of supreme practical unimportance* ». Cette herméneutique du soupçon sera développée dans la seconde partie de cette thèse.

¹⁸⁵⁴ Cet argument se retrouve par exemple dans Frederick Schauer, *Playing By the Rules, A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, op cit, pp 122-123 : « *then it may make sense to start not with ideal 'ought', but with the seemingly more prudential role of sanctions and rewards. For if reasons include the prudential as well as the moral, then agents have (at least) prudential reasons for following rules if doing so brings rewards and failing to so incurs punishment* ». Ce point sera développé par le second titre de cette thèse.

¹⁸⁵⁵ Voir par exemple Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, 1998, University of Michigan Press, Ann Arbor, 288 pages. Les critiques relatives au rapport *Doing Business* de la banque mondiale permettent de mesurer, mais aussi de mettre en lumière, les difficultés liées à une utilisation des outils de l'analyse économique du droit sans un véritable recul méthodologique.

¹⁸⁵⁶ La « déconstruction » a bien montré que la neutralité de l'analyse est un mythe et que toute analyse repose, in fine, sur certaines « valeurs » (ou plus précisément qu'il est toujours possible de « trouver » des valeurs dans les raisonnements car raisonner c'est faire un choix et qu'un choix n'est jamais neutre). La neutralité n'est donc relative qu'aux axiomes de base qui doivent être explicités.

La normativité est associée à des valeurs censées être promues par un système juridique. *Ecarter la normativité revient à écarter une appréciation des valeurs de ce système* (à la fois dans l'analyse, mais aussi pour la qualification du droit ; l'analyse économique est donc une théorie du droit « nihiliste », en un certain sens tout du moins). L'analyse économique du droit peut donc interroger n'importe quelle règle juridique, même si l'acceptabilité (ou la non acceptabilité) sociale de cette règle ne fait aucun doute. Elle pourra ainsi mettre en évidence des valeurs sous-jacentes permettant d'explicitier le maintien de la règle (l'efficacité est-elle toujours la valeur promue par un système juridique et présupposer l'efficacité n'impose-t-il pas de modifier la perception de certaines dimensions d'un problème ?) ou pointer l'incohérence de la règle par rapport aux objectifs annoncés (pensons au plafonnement des loyers pour permettre aux « pauvres » de se loger qui a, sous les hypothèses du modèle, la conséquence de les exclure encore davantage. Mentionnons aussi la logique de l'ISF. Enfin, et plus problématiquement, il est possible de poser des questions délicates : la peine de mort peut-elle se justifier uniquement, sous l'angle de l'analyse économique, par le principe du respect de la vie ?). Elle pourra aussi analyser des règles « fictives » et leur impact sans se soucier de leur normativité qui pourra dépendre du processus ou du contenu de la règle.

Enfin, *écarter la normativité permet, peut-être paradoxalement, d'analyser cette normativité si celle-ci semble exister dans le réel* (ou la dimension pertinente de la normativité à savoir l'impact, a priori, d'une normativité non prudentielle). En effet, si le modèle économique souhaite aussi s'intéresser au réel, il devra rendre compte des divergences entre les prévisions du modèle et le réel pour redécouvrir une normativité ce qui, empiriquement, semble être établi¹⁸⁵⁷. Si, en première analyse, un individu se comporte différemment lorsqu'une action est libellée « légale » ou « illégale » le problème de la normativité peut survenir et ce paramètre n'est pas sans importance pour l'aide à la décision que peut fournir l'analyse économique du droit (la normativité permettant de tendre vers l'auto respect de la norme, le système de sanctions, coûteux, pourra être réduit). Eventuellement, les déviations statistiques pourraient permettre de mesurer la « force » de la normativité dans une approche comparative des systèmes juridiques (dans ce cas, la déviation moyenne ne sera pas suffisante et il faudra obtenir des mesures statistiques précises en prenant compte l'ensemble des sous-groupes).

¹⁸⁵⁷ Voir notamment Tom Tyler, *Why People Obey the Law*, op cit. L'auteur explique dès les premières pages l'objectif de son ouvrage : « *Although the instrumental perspective has dominated recent examinations of citizens' reactions to the law and legal authorities, this study explores compliance from a normative perspective. It is concerned with the influence of what people regard as just and moral as opposed to what is in their self interest. It also examines the connection between normative commitment to legal authorities and law-abiding behavior* » (ibid, p 3). Voir aussi Dan Kahan, Social Meaning and the Economic Analysis of Crime, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 610-672. Nous reviendrons sur ces points lorsque nous expliciterons la conception économique de la (ou de l'illusion de la) normativité.

Ceci oblige à expliciter économiquement les raisons de la normativité et plus largement à la déconstruire pour en retrouver l'origine dans une logique prudentielle (seule logique « acceptable » pour l'analyse économique). L'analyse économique est donc « sauvée » à un méta-niveau, ce qui pose le problème de l'articulation entre les niveaux et les méta-niveaux.

B. Une redécouverte possible de la « normativité » par l'analyse économique : refonder la normativité sur les axiomes de l'analyse économique

L'analyse économique du droit se construit autour de l'idée que les individus réagissent aux règles juridiques et ce, d'une façon non aléatoire : toutes choses égales par ailleurs, une règle sera moins respectée (ou aura moins d'impact dans la décision d'un individu) à mesure que sa sanction (ou son prix) – pondérée par sa probabilité – diminue. *La conception instrumentale des règles juridiques et l'approche du droit en termes de « bad man » laissent penser que la seule raison (interne au système) – ou au moins la « raison » par « défaut » – pour laquelle les individus respectent le droit est la présence de sanctions juridiques*¹⁸⁵⁸ (puisque l'une des raisons du droit, économiquement, est l'absence d'une sanction sociale adéquate¹⁸⁵⁹. En tout état de cause, un individu ne suit une règle que si c'est dans son intérêt et il s'agit là d'un axiome de l'analyse). Autrement dit, si ces sanctions disparaissaient, le droit ne serait plus respecté en tant que droit¹⁸⁶⁰ ; la présence d'une règle juridique ne modifierait pas l'ordre social global (sauf externalité entre les ordres, *infra*). La qualification de légale ou d'illégal n'est donc pas censée avoir d'intérêt en ce qui concerne les décisions d'action(s) des individus et le droit n'a donc aucune normativité extraprudentielle.

Certains économistes reconnaissent cependant que les individus, dans le réel, ne semblent pas agir uniquement pour des raisons prudentielles de premier niveau (en *apparence*, ces raisons ne sont pas prudentielles). Un individu respectera une interdiction juridique parce qu'elle est une

¹⁸⁵⁸ Il faudrait réserver le cas dans lequel il existe des externalités entre les ordres sociaux. Dans ce cas, même sans sanction juridique explicite, la qualification de droit permettrait de renforcer la sanction sociale, si bien que la sanction juridique « véritable » sera liée à l'écart entre la sanction sociale d'une activité légale et la sanction légale de la même activité cependant considérée comme illégale.

¹⁸⁵⁹ Et l'objectif du droit est de changer l'ordre social préexistant. L'entrée du droit doit conduire les individus à se comporter différemment que dans le même ordre social dépourvu de droit.

¹⁸⁶⁰ Il faut bien distinguer entre respecter le droit car il est du droit et respecter le droit car la norme juridique reprend une norme morale. Dans ce dernier cas, même sans sanction juridique, le droit peut sembler respecté mais uniquement car le non respect de la norme morale est sanctionné. Nous reviendrons sur ce point qui permet d'évacuer la question de la normativité ou au moins de l'observer sous un angle différent.

interdiction juridique et non en raison de la possibilité de sanction liée à la violation de cette règle. Cooter et Ulen par exemple précisent que « *in fact, many people obey the law from intrinsic motivation and respect* »¹⁸⁶¹. Ceci revient à dire que les individus ont une préférence pour le respect du droit (et cette préférence se doit d'être « quantifiable », au moins théoriquement, pour faire l'objet d'une analyse économique¹⁸⁶²). D'autres économistes considèrent qu'il est possible, théoriquement, de tout réinterpréter dans le code de l'économie (soit via les préférences soit en mettant en évidence les sanctions) si bien que « *Whether there is an independent moral obligation to obey law may thus be an issue of supreme practical unimportance* »¹⁸⁶³. En effet, si les individus respectent le droit pour des raisons prudentielles, c'est parce qu'il est possible de retrouver ou au moins d'identifier les coûts et les bénéfices pertinents pris en compte par l'individu (la logique est alors celle de la postrationalisation). Ces deux positions ne sont pas nécessairement incompatibles (uniquement sur l'opposition réel / théorique¹⁸⁶⁴) mais il reste fondamental de bien comprendre leur « système référentiel » – la structure qui les « oblige » à adopter cette position¹⁸⁶⁵ pour en apprécier l'impact théorique – ainsi que la « validité empirique » (ou la validité du passage de la théorie au réel).

*Le code économique peut explorer l'idée de normativité du droit pour déconstruire – au moins théoriquement – cette normativité*¹⁸⁶⁶. Ainsi, il serait possible de passer par quatre « leviers » pour rendre compte de l'apparente normativité : les préférences, les croyances, la modification de la structure de prix ou

¹⁸⁶¹ Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, 2004, 4e édition, Pearson Education, New York, 533 pages, p 466

¹⁸⁶² Néanmoins, s'il existe une préférence pour le respect, peut-on parler de normativité ?

¹⁸⁶³ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 224. Une telle affirmation est évidemment critiquable dans la mesure où la détermination des paramètres permettant d'assurer un meilleur respect du droit peut avoir un impact pour la décision politique. En effet, l'existence d'une normativité permet un fonctionnement moins coûteux du système juridique, ce qui explique pourquoi le droit semble respecter, bien souvent, la « morale ». De même, si le fonctionnement de la normativité non prudentielle est d'une autre nature que la normativité prudentielle (par exemple en reprenant la logique de Raz), l'existence d'une normativité non prudentielle n'est pas non pertinente pour le réel (notamment en ce qui concerne la gestion de l'effectivité des sanctions des violations de la norme). Il faut donc bien distinguer les affirmations touchant le modèle et les affirmations touchant le réel.

¹⁸⁶⁴ Au niveau des conclusions l'accord est plus délicat à prouver car Posner nie l'intérêt même de la question de la normativité alors que Cooter et Ulen en analysent l'impact (ce qui sous-tend l'intérêt pratique de la question). Nous nous intéressons ici à l'approche théorique à partir du code de l'économie, la « réconciliation » entre le théorique et le réel fera l'objet de la seconde partie de notre thèse.

¹⁸⁶⁵ Finalement le point de vue définit les connaissances possibles et reconnues comme telles.

¹⁸⁶⁶ Il serait possible de considérer que l'idée de normativité est un concept « juridique » que l'économie doit réinterpréter pour pouvoir « l'utiliser ». Comme nous aurons l'occasion d'y revenir, à la qualification juridique des faits peut être adjointe une qualification économique des faits.

la limitation des options possibles¹⁸⁶⁷. Comme raisons économiques de la normativité, ces leviers ne peuvent aider qu'à dissoudre le problème. L'analyse économique nie ainsi la spécificité de la catégorie d'action rationnelle en valeur de Weber (au moins à un méta-niveau). Elle le fait à l'aide d'au moins deux outils :

+ les préférences et les croyances individuelles : si un individu semble ne pas suivre une logique prudentielle c'est parce que la structure de ses préférences ou de ses croyances le conduit à respecter le droit (1).

+ les normes sociales : si le droit semble être respecté c'est parce que le droit (système ou norme) est repris par les normes sociales, ce qui semble lui donner une normativité qui n'en est cependant pas une, en première analyse (2).

D'autres présentations auraient pu être retenues en axant davantage sur les raisons du respect du droit¹⁸⁶⁸. Si l'individu est rationnel au sens économique, il ne respectera le droit que parce qu'il peut en tirer un bénéfice et il s'agira alors de classer les différents intérêts liés au respect d'une règle. Notre analyse se focalisant sur le concept de droit, nous avons préféré une approche moins centrée sur le comportement de l'individu, même si les motivations individuelles susceptibles d'expliquer la normativité apparente du droit seront développées.

1. Normativité, préférences et croyances

La façon la plus simple de rendre compte d'une normativité apparente est de considérer que *si un individu semble respecter une règle pour des raisons non prudentielles, c'est parce qu'il a une préférence pour le respect de la règle* (de même qu'un individu altruiste est en fait égoïste au regard de ses préférences sous l'angle de l'analyse économique) *ou une préférence que la préférence pour le respect de la règle permet d'assouvir*¹⁸⁶⁹. Autrement dit, s'il est délicat d'expliquer la raison de l'action en fonction de facteurs

¹⁸⁶⁷ Ces leviers sont identifiés par Kornhauser (Lewis Kornhauser, *The Normativity of Law*, 1999, *American Law and Economics Association*, vol 1, pp 3-25, spécialement p 7). L'auteur reconnaît que les raisons non économiques fonctionnent différemment et semblerait admettre, entre les lignes, que la normativité est introuvable sous l'angle de l'analyse économique (tout en considérant qu'il ne faut pas la négliger). Le dernier levier correspond à ce que nous avons appelé la limitation de l'espace de recherche des solutions. Mathématiquement le concept est assez simple ; moins formellement, il serait possible de considérer que l'individu est limité car il ne peut pas envisager certaines solutions. Cette logique devrait se retrouver sous l'angle de la rationalité limitée, seule à même de justifier cette limitation de l'espace de recherche. Notons que ce dernier cas pourrait éventuellement permettre de formaliser l'idée des raisons de second ordre de Raz.

¹⁸⁶⁸ Voir notamment les analyses de Frederick Schauer, *Playing By the Rules, A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, op cit, spécialement chapitre 6.

¹⁸⁶⁹ Comme nous l'avons vu au cours du premier chapitre, le concept de préférence est assez délicat à interpréter en économie. Il est possible de considérer qu'il existe des méta-préférences stables qui sont cependant trop abstraites pour les utiliser. Les

externes (effectivité des sanctions externes : sociales ou strictement juridiques), il est toujours possible de le faire en fonction de facteurs internes (préférences et croyances).

Poussée à l'extrême, cette stratégie conduit à nier toute forme de normativité puisque, *in fine*, si le comportement des agents ne peut s'expliquer pour des raisons prudentielles, il est toujours possible d'expliquer un comportement en considérant qu'il s'agit d'une préférence (si nous supposons une rationalité parfaite) et que ces deux leviers permettent de rationaliser n'importe quelle action ; l'individu ne respecte la norme que s'il y a un intérêt et non car il s'agit d'une norme. La préférence pour le respect de la norme comme forme juridique correspond, économiquement, à l'idée de normativité mais s'analyse de la même façon que pour les autres préférences.

Le danger est celui d'une post rationalisation ad hoc qui, si elle permet de sauvegarder l'approche, n'est qu'une feuille de vigne cachant son impuissance. En effet, il faudra alors soit expliquer l'origine des préférences (via la logique de l'internalisation par exemple), soit postuler, arbitrairement de préférences non strictement égoïstes¹⁸⁷⁰ dont le fondement sera alors contestable.

Cette logique n'est par ailleurs pas spécifique aux règles juridiques et peut donc permettre de rendre compte de la « normativité » (ou plus précisément de l'absence de normativité) de n'importe quel système « normatif ». Même sans sanction effective externe possible (juridique ou sociale), un individu pourra respecter la « morale » ou la tradition car elles sont intégrées dans ses préférences. Rien ne permet donc de « prouver » que la normativité du droit fonctionne d'une façon différente de la normativité de la morale. Instinctivement néanmoins, il ne semble pas qu'un individu respecte le droit comme il respecte la morale sauf si la morale « oblige » à respecter le droit (mais alors la normativité du droit dépend de la morale et n'est pas une caractéristique intrinsèque au droit).

préférences « concrètes » sont moins stables mais il est alors délicat de savoir si l'action sur les préférences joue sur leur représentation ou sur leur nature profonde.

¹⁸⁷⁰ Par exemple, en théorie des jeux, Matthew Rabin, *Incorporating Fairness into Game Theory and Economics*, 1993, *American Economic Review*, vol 83, pp 1281-1302. Posner semble aussi adopter cette stratégie lorsqu'il explique que : « *Many people obey the law because they would not profit from breaking it even if there were no formal sanctions – they are restrained by habit, conscience (insofar as law tracks morals, as it frequently does), concern with reputation or other considerations or reciprocity, lack of net expected gain when risks and opportunity costs are taken into account, or sympathy or affection for the potential victims of their wrongdoing. Analytically, these people are part of the first group, Holmes's « bad men »...* » (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, pp 223-224). Au-delà du catalogue des outils de postrationalisation disponibles, il semble bien que Posner accepte, au moins implicitement, la possibilité de modifier à volonté les paramètres initiaux de façon à cadrer avec une réalité empirique. Théoriquement, il ne fait que protéger le système explicatif mais scientifiquement cette démarche est plus que contestable. Kornhauser (Lewis Kornhauser, *The Normativity of Law*, op cit, pp 21-22) envisage les limites de cette approche.

Si l'individu a une préférence pour le contenu de la règle et non pour la règle comme règle, la normativité du droit, toutes choses égales par ailleurs, reste introuvable. En effet, la normativité doit avoir pour effet d'impacter la décision (ou au moins sa délibération) d'un individu. Or, si cet individu a une préférence pour le respect d'un tel contenu, le fait que ce contenu fasse l'objet d'une règle ne modifiera pas son comportement (sauf externalité entre les ordres ou influence des normes sur les préférences, *infra*), même si la règle juridique n'est pas assortie de sanction. Si un individu a une préférence pour le respect des règles de politesse, la juridicisation de certaines d'entre elles n'aura aucun effet sur ses préférences, toutes choses égales par ailleurs¹⁸⁷¹. De même, si la normativité est attachée au contenu, elle n'est pas attachée à la qualification de droit qui vise une dimension formelle de la norme. La normativité du droit ne peut donc apparaître sous cet angle.

Si l'individu a une préférence pour le respect de la règle car elle est une règle juridique¹⁸⁷², la normativité pourrait se dessiner (car elle serait attachée à la nature du système et non à une règle du système¹⁸⁷³). Néanmoins, rien n'indique que l'affichage d'une préférence pour le respect de la règle comme règle ne dissimule pas un « intérêt égoïste », un « calcul coûts-bénéfices », et que la préférence affichée ne vise qu'à la satisfaction de préférences différentes (il serait possible d'évoquer les préférences de premier et de second ordre) : l'affichage du respect de la norme n'est alors plus qu'un moyen. Plusieurs possibilités permettent d'aller dans ce sens.

Tout d'abord, *un individu qui respecte la règle comme règle peut donner le signal qu'il s'agit d'un individu « fiable », « honnête », etc. et ainsi bénéficier de cet effet de réputation*¹⁸⁷⁴. Economiquement « afficher » et « être » sont des distinctions peu pertinentes¹⁸⁷⁵ (si les individus semblent afficher un respect du

¹⁸⁷¹ Cette précision est importante. Si le devoir moral se transforme en devoir juridique, les préférences des individus peuvent évoluer. De la même manière, la criminalisation de certaines pratiques peut renforcer les gains de cette pratique (braver l'interdit). A la limite, il est possible de considérer que les règles morales profondes ne permettent pas d'embrasser l'ensemble de l'espace des possibles et que la formalisation de la règle conduit à ouvrir, en creux, cet espace.

¹⁸⁷² La distinction entre le premier et le second cas est délicate dans la mesure où rien ne permet d'inférer du comportement des agents que la préférence est celle du respect d'une règle en raison de son contenu ou en raison de sa nature (règle morale, juridique, familiale, etc...).

¹⁸⁷³ En effet, évoquer la normativité du droit oblige à évoquer la normativité du système et non d'une règle spécifique de ce système. C'est le statut de légal qui a une importance, et non l'activité qualifiée.

¹⁸⁷⁴ Voir notamment, Eric Posner, *Law and Social Norms*, op cit

¹⁸⁷⁵ Comme nous le verrons, ceci peut cependant poser des difficultés. Si les individus sont perçus comme n'agissant que dans leurs intérêts, le risque est celui de la perte de la communauté. La « croyance » dans la normativité du droit peut être un moyen de conserver le « gain » lié à la communauté. Cette logique incite à respecter le droit mais ne semble pas pouvoir conduire les individus à devenir « bons » (ce qui permettrait par la suite de limiter le coût de la gestion du système juridique). L'absence de distinction entre le paraître et l'être résulte de l'approche behavioriste choisie par l'analyse économique du droit. Les comportements ne permettent pas de déterminer les motifs de l'action qui sont alors rationalisés par la structure d'analyse (d'où l'importance du code pour l'approche de la réalité)

droit comme droit, le droit peut être considéré comme normatif sans nécessairement l'être, mais économiquement la discrimination entre ces deux options est délicate)¹⁸⁷⁶. Dans ce cas, la normativité reste introuvable puisque la règle n'est pas respectée pour elle-même, ce respect restant subordonné à des intérêts en termes de réputation. Dans la logique conséquentialiste, *la normativité du droit signifierait que le droit n'est pas seulement un moyen mais une fin, approche peu compatible avec l'idée de contrôle social ou de dimension politique du droit*. L'affichage de cette préférence permet de satisfaire des préférences plus « primaires » ; il n'existe d'ailleurs pas de préférence pour le respect de la règle comme règle dans cette logique. Tout se passe comme si le coût du non respect était celui engendré par l'impact de la baisse du signal que l'individu produit en respectant le droit¹⁸⁷⁷. La normativité de la règle reste purement prudentielle. Cette normativité apparente n'est pas attachée à la règle mais à un signal : la normativité du droit ne réside pas dans le droit mais en dehors de lui, dans un système de croyance plus général, voire même plus directement dans les normes sociales (*infra*)¹⁸⁷⁸.

La normativité apparente d'un système de droit peut aussi s'expliquer pour des raisons « épistémiques ». *Un individu respecte les règles du système car il considère que l'autorité à l'origine de ces règles a une meilleure connaissance que l'individu, ou car les individus qui semblent « réussir » adoptent une stratégie de respect du droit* (cette distinction étant poreuse¹⁸⁷⁹). Nous nous situons donc dans un cadre de rationalité limitée (puisque l'individu n'est pas certain de ses calculs et adopte une stratégie « procédurale »), voire même strictement adaptative (stratégie de l'imitation). Une nouvelle fois la normativité est introuvable puisque les individus respectent le droit uniquement en raison de l'intérêt qu'ils ont à le faire et non car « c'est du droit » (même si le qualificatif de droit peut être le signal conduisant au respect de la règle pour des raisons épistémiques). Cette approche suppose

¹⁸⁷⁶ Et à la limite ce signal sera d'autant plus fort que la perte potentielle de bien-être pour l'individu sera importante. Il suffit de penser à cet égard au « suicide » de Socrate visant justement à prouver, ironiquement, qu'il respecte les lois.

¹⁸⁷⁷ En sens inverse, certains individus violent le droit non pas parce qu'ils ne valorisent pas les règles juridiques mais simplement pour afficher un « type ». Il suffit de penser au port du casque sur les scooters. Dans un sens comme dans l'autre, la normativité du droit est possible (rien n'indique que l'individu ne respecte pas le droit car il lui accorde une normativité ou que la violation du droit signifie que l'individu ne considère pas que le droit est normatif) mais empiriquement elle est délicate à faire émerger en raison de la correspondance entre « agir comme si » et « être ». Cette question épistémologique traverse l'ensemble de l'analyse économique du droit.

¹⁸⁷⁸ Ce qui pourrait expliquer que la perception de la légitimité du droit ait un impact sur la normativité apparente de celui-ci (sur ce lien entre légitimité et normativité, voir Tom Tyler, *Why People Obey The Law*, op cit, spécialement chapitre 5, pp 57-68, par exemple p 62 : « *Citizens who view legal authority as legitimate are generally more likely to comply with the law* »).

¹⁸⁷⁹ Si les individus qui respectent le droit ne réussissent pas, il est possible de se demander si les autorités ont une réelle meilleure connaissance des règles à suivre que les individus. En tout état de cause, l'appréciation est purement subjective ce qui rend la formalisation de ce type de situation très problématique.

aussi qu'un individu disposant d'une bonne expertise dans une matière régie par une règle juridique pourra décider de ne pas respecter la règle si celle-ci lui semble contraire à la pleine satisfaction de ses préférences. La normativité apparente du droit ne sera alors valable qu'en raison d'une « croyance » relative au degré de validité des connaissances et des anticipations qu'un individu pourra avoir.

Dans le même sens, *la règle juridique peut sembler avoir une normativité non prudentielle si elle permet de réduire les coûts de la prise de décision d'un individu. La règle est en effet un point de repère. Si, d'une manière générale, le respect de la règle permet des résultats satisfaisants, l'individu pourra économiser sur le calcul de la violation de la règle (il sera dès lors incité à agir dans le champ du légal). Cette approche permettrait de réintégrer partiellement Raz dans une approche économique. La raison de second ordre signifie que l'individu effectue un calcul rapide et que si ce calcul rapide est concluant (la violation de la règle s'avère être une option intéressante) son analyse se fera plus précise (raison de premier ordre)¹⁸⁸⁰. Cette approche suppose néanmoins que l'individu soit capable d'intégrer le coût de la prise de décision dans ses calculs ce qui suppose une forme de « super rationalité », ou du moins que l'individu agisse de façon purement procédurale dans l'étude d'un problème.*

La normativité apparente du droit peut enfin résulter d'une convergence des croyances. *Dans ce cas, le droit ne sera respecté que parce que les individus anticipent que les autres individus vont respecter le droit. Si le droit permet de résoudre un jeu de coordination pure ou d'influencer les jeux où plusieurs équilibres de Nash existent, l'individu respectera ou sera influencé par la norme même si elle ne correspond pas à sa préférence en la matière. Cependant, la normativité est encore strictement prudentielle dans la mesure où le non respect de la norme n'est pas dans l'intérêt de l'individu. Si le droit vise à permettre de sortir d'un dilemme du prisonnier, la normativité de la règle est plus délicate puisque, par définition, la stratégie posée par le droit n'est pas la stratégie optimale. En supposant que la règle juridique ne soit pas assortie de sanctions, l'individu rationnel ne semble pas avoir intérêt à la prendre en compte (et donc à associer la règle à une normativité non prudentielle), sauf si le jeu est répété et infini. En fixant une ancre, le droit permet – ou favorise – une convergence des croyances dans la nécessité de respecter l'équilibre de coordination (différent de l'équilibre existant ou renforçant l'équilibre existant). Il est cependant nécessaire, pour ce faire, que le droit soit considéré comme ayant un statut « spécial », qu'il existe une croyance dans son impact sur les actions des individus.*

¹⁸⁸⁰ Juridiquement, on pourrait retrouver la distinction entre l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle d'opportunité (toutes proportions gardées bien évidemment)

Ces différentes approches permettent de rendre compte de l'origine de la normativité (qui n'apparaît que comme un raccourci¹⁸⁸¹), mais ne traduisent pas le sentiment de la normativité par l'individu (la dimension psychologique « ressentie »). Si le respect de la norme comme norme n'est qu'un moyen vers une fin, l'individu peut la considérer comme une fin en soi (ou partiellement comme une fin en soi). Il serait donc nécessaire de distinguer le niveau psychologique (le ressenti de l'individu) et le niveau évolutionnaire (même s'il ne le sait pas, l'individu recherche son intérêt et les stratégies qu'il adopte sont guidées par l'évolution). Ce dernier niveau peut être considéré comme un niveau inconscient ou « profond » mais rien ne permet de démontrer si cette logique profonde est à l'œuvre¹⁸⁸². L'individu peut faire sans calculer ou calculer sans savoir (un individu respire car c'est dans son intérêt mais il n'a pas conscience de ce qui se passe lorsqu'il respire), son action est la même mais l'interprétation de l'action peut être très différente : un bouquet de fleur n'est pas reçu de la même façon selon que l'intention de l'individu est considérée comme un calcul ou comme un « acte gratuit » (cet acte étant « inexistant » dans la logique économique)¹⁸⁸³ : c'est donc moins l'action qui compte que la perception de ses motifs.

Si le passage par les croyances ou les préférences est une stratégie possible, cette stratégie oblige à s'interroger sur la formation des préférences et des croyances et donc à dépasser le cadre de l'analyse économique classique en endogénéisant les préférences et les croyances¹⁸⁸⁴. En effet, si le droit est respecté du fait d'une préférence pour le respect du droit et que cette préférence est instillée par le droit lui-même, indirectement le droit est normatif (ou peut sembler normatif¹⁸⁸⁵). Nous nous situons alors à un niveau méta dans

¹⁸⁸¹ Et ce raccourci engendre un certain nombre de difficultés puisqu'on ne peut pas supposer que la normativité du droit est strictement la même quelles que soient la norme et la perception de la norme. L'idée de normativité du droit vise à renforcer la dimension morale liée à la nécessité de respecter le droit (*infra*).

¹⁸⁸² Mettre en évidence que c'est cette logique qui est à l'œuvre oblige les individus à percevoir différemment leurs actions et donc potentiellement à moins respecter le droit. Si par exemple, tous les individus connaissaient les probabilités de se faire sanctionner pour un stationnement interdit ou une fraude fiscale et qu'économiquement on leur démontrait que respecter ces règles n'est pas dans leur intérêt, certains individus seraient amenés à violer plus souvent ces normes. Cette remarque a aussi été formulée par John Maynard Smith en ce qui concerne l'utilisation de l'idée d'optimisation en biologie (John Maynard Smith, *Optimization theory in evolution*, 1978, *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol 9, pp 31-56).

¹⁸⁸³ Ce dernier point fera l'objet de développements plus élaborés dans la seconde partie de notre thèse. L'inexistence signifie que l'analyse économique ne peut pas concevoir ce type d'acte sans étendre sa structure d'analyse.

¹⁸⁸⁴ De même qu'il est possible de s'interroger sur l'efficacité des normes et des normes de procédure, il est possible de s'interroger sur les actions et sur les préférences (qui ne sont, finalement que des normes d'actions).

¹⁸⁸⁵ L'idée de normativité signifiant que l'individu accorde un poids à cette norme ; la normativité n'est donc pas une caractéristique de la norme juridique mais résulte de la perception de la norme juridique par l'individu. La normativité est en

la valeur normative du droit. Le droit influence les méta-préférences qui impactent les préférences, ce qui conduit l'individu à respecter le droit (le droit n'est donc plus normatif car sa normativité est prudentielle à un méta-niveau). Notons que rien n'interdit d'étendre ce raisonnement à l'ensemble des ordres normatifs.

La logique la plus simple pour expliquer ce type de mécanisme est de passer par un modèle d'évolution des préférences de premier niveau (ce qui nous permet de conserver l'idée que les préférences ultimes ne varient pas)¹⁸⁸⁶. Supposons une population d'individus au sein de laquelle les différentes possibilités de préférences vis-à-vis du respect du droit comme droit sont représentées. A chaque période, les préférences de la population évoluent en raison d'un mécanisme considéré comme darwinien (règle de sélection) : les individus qui maximisent le plus leur bien-être se reproduisent davantage et transmettent leurs préférences à leurs enfants (sans supposer que chaque période représente une génération, il suffit d'inclure un mécanisme d'apprentissage et d'imitation des stratégies « gagnantes », mais aussi une règle de mutation de façon à ce que les pratiques évoluent ; nous avons ici une règle de transmission et une règle de mutation¹⁸⁸⁷). La préférence pour le respect du droit peut survivre ou disparaître de cette population d'individus¹⁸⁸⁸, tout dépendra de l'avantage en termes d'évolution que procurera le respect des règles juridiques. Le contenu des règles juridiques ne sera pas totalement indifférent au succès de la préférence pour le respect du droit. De façon plus « fine », il faudrait considérer l'intérêt de respecter chacune des règles des systèmes juridiques (et donc faire de la normativité une caractéristique de certaines règles et non du système lui-même). Néanmoins, en supposant la rationalité limitée de l'individu, il est raisonnable de considérer qu'une fois le test passé pour un sous-ensemble des règles juridiques, les préférences passeront du contenu de la règle à sa forme. Autrement dit, *si le respect de certaines règles juridiques s'avère pertinent* (appréciation subjective de l'individu), *l'introduction d'une nouvelle règle pourra conduire à son respect uniquement dans la mesure où le respect des règles de même forme s'avère « payant » en terme d'évolution* (bien évidemment, les préférences

dehors du droit, dans l'interstice entre la norme et sa réception par les individus. Elle peut être influencée par le droit mais à strictement parler le droit n'est pas normatif dans un sens non prudentiel.

¹⁸⁸⁶ Il serait possible d'étendre cette logique aux différents niveaux de préférences. La stabilité de certaines préférences abstraites est néanmoins nécessaire pour pouvoir considérer que l'individu n'agit pas au hasard. Ces préférences abstraites se manifestent par des actes qui sont réinterprétés en termes de préférences mais sans garantie que l'interprétation constitue le véritable « motif » de l'acte.

¹⁸⁸⁷ Les règles de sélection, mutation et transmission sont les éléments constitutifs de toute analyse qui se veut évolutionnaire. La sélection des règles adéquates est le fruit du modélisateur qui n'a qu'à s'en tenir à ce type de structure pour modéliser.

¹⁸⁸⁸ Pour une présentation plus formalisée d'un modèle assez proche de celui que nous esquissons, voir Oren Bar-Gill et Chaim Fershtman, *Law and Preferences*, 2004, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol 20, pp 331-352.

sont alors réactualisées). Plus les règles du corpus juridique sont perçues comme des avantages en termes d'évolution, plus le respect de nouvelles normes du corpus seront considérées, a priori, comme pertinentes.

Si le droit est perçu de façon modulaire, chaque module sera soumis à ce mécanisme (ce qui explique que les différents droits, voire les différents sous-droits, n'affichent pas une même « normativité » apparente). Dès lors que le processus d'évolution avance « masqué » pour ne laisser au jour que les seules préférences, une normativité semble réapparaître¹⁸⁸⁹.

La préférence pour le respect des règles de droit se construit en même temps que les avantages du respect du droit sont perçus ou plus précisément que le respect ou le non respect du droit apparaît comme une caractéristique du groupe perçu (subjectivement) comme « réussissant ». Il est dès lors possible de considérer que *plus un groupe valorise des individus qui ne respectent pas le droit, moins la préférence pour le respect du droit sera développée en son sein (et réciproquement)*. Il faudrait aussi ajouter une dimension d'évolution au niveau du groupe en considérant une certaine « compétition » entre les groupes (autrement dit, nous réutilisons la logique de la formation des normes à un autre niveau¹⁸⁹⁰).

La normativité (non prudentielle) apparente du droit apparaîtra *in fine* comme le produit d'un contenu (pour faire jouer notamment la dimension épistémique), d'une représentation en termes de valeur (pour faire jouer la dimension imitation mais aussi la dimension épistémique) et plus largement de l'imbrication des autres ordres normatifs (y compris la dimension culturelle) auxquels il faudrait ajouter l'impact des perceptions de l'individu et donc de l'environnement dans lequel il évolue. Cette approche peut nous conduire à une structure d'interprétations mais ne peut pas nous fournir l'ensemble des outils pour « calculer » *ex ante*, la valeur normative de chaque règle juridique.

De façon moins « complexe » et plus « traditionnelle », l'individu peut internaliser les normes, notamment en apprenant de ses échecs¹⁸⁹¹. L'internalisation « *means that violating an established norm is psychologically painful even if the direct material benefits are positive* »¹⁸⁹² (notons que nous conservons

¹⁸⁸⁹ Économiquement, la normativité n'est qu'un terme pour désigner un phénomène de respect du droit sans raison prudentielle apparente. Ce phénomène peut ensuite se déconstruire et la normativité presque totalement disparaître. Par ce mot, nous avons la possibilité d'englober un certain nombre de phénomènes qui « conduisent » l'individu à se comporter dans un sens qui pourrait être réinterprété comme ayant la signification de la dimension normative des règles.

¹⁸⁹⁰ Voir sur ce point le mécanisme de l'évolution culturelle proposé par Hayek (*supra*, partie I, titre II, chapitre 1, section 2)

¹⁸⁹¹ Le cas de l'éducation comme celui de la transmission de la culture entre dans la logique des modèles évolutionnaires « stricts ».

¹⁸⁹² Robert Axelrod, *An Evolutionary Approach to Norms*, op cit, p 1104. Cette idée de l'internalisation des normes n'est pas nouvelle et a irrigué de nombreuses œuvres sociologiques, l'internalisation de la norme sociale correspondant à une idée

une logique prudentielle mais que la sanction ne provient plus de la norme elle-même mais d'une dimension psychologique et donc de l'interprétation de la norme ; l'homme continue à ne respecter la norme que parce que ceci est dans son intérêt et pour éviter une perte de bien-être). Sous cet angle, l'individu tient compte de la norme comme véritable norme¹⁸⁹³ et indépendamment d'une dimension prudentielle (au sens ici de sanctions externes). Ce mécanisme n'est pas, lui non plus, spécifique à l'émergence d'une normativité en ce qui concerne les règles juridiques (on pourrait par exemple le retrouver en ce qui concerne les normes morales). Il est possible de se demander si le qualificatif de droit n'a pas un impact dans la logique ou dans la vitesse de l'internalisation des normes¹⁸⁹⁴. Pour se faire, il serait nécessaire de tenir compte de l'ensemble du champ normatif.

La logique de l'internalisation se rapproche de celle de l'apprentissage en double boucle : si la première boucle (le calcul fondé sur des préférences) conduit à des échecs, il est alors nécessaire de modifier les principes d'action (les préférences, en tenant compte des méta-préférences¹⁸⁹⁵). Pour cela il est nécessaire que l'individu identifie, de façon répétée, sa stratégie comme insatisfaisante sur le plan des résultats. Par exemple, si un individu est condamné plusieurs fois pour les mêmes faits, et en supposant que ses actions ne sont pas liées à une maladie mentale (non susceptible, en tout état de cause, de permettre une analyse économique classique), il pourra s'interroger sur les principes d'actions si cette situation lui semble insatisfaisante. Il faut, pour que ses principes soient modifiés, qu'il identifie un comportement alternatif moins coûteux, le coût

maîtresse. Il suffit de penser aux travaux de Talcott Parsons (pour une approche en français, voir notamment François Bourricaud, *L'Individualisme Institutionnel : Essai sur la Sociologie de Talcott Parsons*, 1977, PUF, Paris, 352 pages) qui a justement été influencé par l'économiste Alfred Marshall. Durkheim a aussi eu une certaine influence notamment dans *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse* (Emile Durkheim, *Les Formes Élémentaires de la Vie Religieuse*, [1912] 2008, PUF, Paris, 672 pages). Sous cet angle, la normativité du droit peut se rapprocher de l'idée d'intégration dans les préférences et la spécificité de la normativité peut tendre à disparaître.

¹⁸⁹³ Pour Frederick Schauer, *Playing By the Rules, A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, op cit, pp 121-122 : « *there is no reason to suppose that one who internalizes a rule must agree with its content. Indeed, internalizing a rule qua rule supposes that it is the rule's status as rule that is internalized, rather than the rule's underlying justifications, and thus internalization of a rule is meaningful only if the reason for action produced by the fact of internalization persists even when the agent disagrees with the content of the rule* ». Autrement dit, pour tenir compte de l'internalisation des normes juridiques, il faudrait que l'individu internalise la norme dans sa forme et non pour son contenu faute de quoi l'internalisation n'est pas celle d'une norme juridique mais d'une norme extra-juridique que reprend le droit. En extrapolant un peu, l'internalisation doit toucher la forme du droit, autrement dit toucher le système juridique ou des sous-ensembles de ce système, et non le contenu du droit. La normativité spécifiquement juridique ne doit donc pas se rechercher dans le contenu mais dans la forme.

¹⁸⁹⁴ Ce qui pourrait être le cas si c'est la forme et non le contenu qui conduit à l'internalisation.

¹⁸⁹⁵ Au dernier niveau, il est possible qu'il existe une forme de réflexivité pure sur les méta-préférences ce qui permettrait d'éviter la régression à l'infini.

du changement de préférences étant pris en compte (il est difficile de soutenir qu'un apprentissage dans la seconde boucle – et au-delà – n'est pas coûteux ; pensons à la psychanalyse par exemple). L'internalisation de la norme est le meilleur moyen pour ne plus la percevoir comme un coût imposé (ce qui est psychologiquement plus satisfaisant et ce qui conduit aussi à envisager la normativité du droit sous un angle différent)¹⁸⁹⁶. Cette internalisation assure une plus grande normativité au droit puisque les règles sont alors respectées comme règles et non comme de purs moyens¹⁸⁹⁷. *L'internalisation ne conduit cependant pas nécessairement à respecter la norme en tout état de cause, elle ne conduit qu'à ajouter un « poids » supplémentaire à la violation de la norme perçue comme norme* (au sens plein du terme). Sans ce type de mécanisme, le droit n'a aucune normativité du point de vue de l'analyse économique du droit.

2. Normativités et normes sociales

La normativité du droit peut aussi se rechercher dans l'imbrication des ordres normatifs. Sous cette hypothèse, *ce n'est pas le droit qui dispose d'une normativité mais les normes sociales qui permettent au droit d'atteindre une certaine normativité*. Analyser le droit en isolation des autres ordres normatifs ne permet pas d'appréhender valablement la dimension « réelle » (empirique) de l'influence du droit (mais vouloir en tenir compte conduit à des difficultés insurmontables).

Le cas n'est pas compliqué lorsque le droit consacre « comme droit » une norme sociale sans lui adjoindre une sanction juridique : dans ce cas la normativité est attachée à une substance et non à une forme. La normativité de la règle est donc au moins égale à la valeur normative de la norme morale ou sociale. C'est le cas par exemple lorsque le droit prohibe l'inceste, le meurtre ou encore le vol. Même sans sanction juridique, les individus respecteront de telles règles au moins pour leur assise dans les normes sociales ou dans la « morale ». Cette assise ne doit pas faire oublier que la normativité de ces dernières est, elle aussi, économiquement, fondée sur une logique prudentielle (rejet par le groupe, sanction physique infligée par le groupe, etc...). *Techniquement, ce n'est pas le droit qui est normatif mais la norme sociale qu'il consacre, la forme n'a aucune influence sur la normativité, seul*

¹⁸⁹⁶ Parmi les normes que nous internalisons, les normes liées à la communication et notamment au langage sont très particulières.

En supposant que l'internalisation soit du même type, l'individu ne perçoit plus la norme comme un coût potentiel mais comme « définitionnelle » d'une structure d'échange, elle devient une règle qui définit le champ de recherche des possibles. C'est en ce sens qu'il est possible de retrouver la logique de la normativité d'un Raz. L'internalisation facilite certes la régulation des conduites mais elle est aussi constitutive de la structure dans laquelle l'individu évolue. Notons que si la sanction est purement interne, la nécessité d'un système de sanction externe, coûteux, se fait moins sentir.

¹⁸⁹⁷ Notons par ailleurs que le droit a un rôle dans l'apprentissage dans la mesure où il définit un certain espace à l'intérieur duquel l'individu évoluera. Cet espace sera perçu de façon différente selon les préférences et si le droit est « bien fait », il pourra conduire à une sorte d'unification des préférences afin d'évoluer le plus facilement possible dans cet espace.

le fond est pertinent. Néanmoins si nous nous limitons à une analyse sans tenir compte des autres ordres normatifs, le respect de la règle juridique pourra laisser croire à la présence de « normativité »¹⁸⁹⁸.

Afin que le droit puisse être normatif, il faudrait que la consécration comme droit (dans la forme du droit) ait, de ce seul fait, une influence et modifie donc la structure de prix à laquelle doit faire face l'individu. Il faudrait qu'un « poids » soit attaché à la forme et non au contenu du droit. Ce pont pourrait être réalisé par la présence d'une norme sociale visant le respect du droit comme droit et qui permettrait de fonder, notamment, la logique du « signal » (les individus respectent le droit car ils donnent un signal). Un mécanisme de sélection de groupe permettrait d'expliquer la diffusion d'un tel type de norme au sein d'une population¹⁸⁹⁹. Cependant, rien n'empêche d'expliquer la variabilité de la normativité selon les droits en suivant la même logique.

Une autre solution serait de considérer qu'en la consacrant comme droit, une norme devient plus explicite qu'une norme sociale et renforce ainsi la force de cette norme sociale ; dans ce cas ce n'est toujours pas le droit qui est normatif, mais il permet de « libérer » la pleine normativité de la norme sociale. La sanction d'une norme est liée à sa capacité d'identification. Si une pratique n'est pas condamnable avec certitude, les individus pourront éviter de la sanctionner, surtout si une norme impose de ne pas condamner les « innocents » et que cette norme impose des coûts plus importants que celle imposant de sanctionner les individus violant les normes. La norme, relativement à cette pratique, perdra en normativité. Si le droit précise les conditions d'application de la norme dans ce cadre, la normativité pourra être retrouvée, même si le droit ne prévoit pas de sanctions explicites. En faisant converger les vues, elle s'assure, via la dimension sociale, un respect (à la fois du point de vue des individus qui violent et des individus qui sanctionnent le respect de la norme).

Le problème de ce type d'approche est qu'elle n'explique pas pourquoi le droit permettrait de faire converger les vues et donnerait un fondement pour critiquer une pratique qui jusqu'à présent était dans une zone grise (pourquoi le droit et pas un autre système normatif ?). Le droit doit alors disposer d'une dimension spécifique lui permettant de favoriser l'émergence de cette

¹⁸⁹⁸ Il suffit d'appliquer, en boucle, le raisonnement présenté dans l'étude de la normativité via les préférences et les croyances. Toutes choses égales par ailleurs, une norme juridique fondée sur une norme sociale semblera plus normative qu'une norme juridique fondée sur le système juridique. Les règles liées à la fiscalité par exemple apparaissent moins normatives que les normes pénales. Les études empiriques tendent à prouver, sans surprise, que la « moralité du droit » perçue par les individus est un des critères fondamentaux pour la détermination de la normativité du droit (par exemple Tom Tyler, *Why People Obey The Law*, op cit, p 68).

¹⁸⁹⁹ Un mécanisme de sélection individuelle ne peut pas permettre d'expliquer la diffusion dans un groupe, c'est la combinaison de la sélection individuelle et de la sélection dans un groupe qui permet d'assurer l'émergence de ce type de phénomène.

convergence de vues. Le principe même de l'émergence du droit pourrait permettre de justifier ce type de convergence (si le droit est perçu comme remplissant une mission nécessaire, les individus peuvent adhérer au droit, au moins dans un premier temps). Par extension, la représentation du droit comme « autorité » (pouvoir considéré comme légitime, d'où l'idée de normativité) permet elle aussi de retrouver une normativité mais sans expliquer pourquoi le droit est perçu comme autorité.

La dernière solution serait de raisonner à l'envers : *au lieu de se demander si le droit a une normativité, il faudrait se demander comment donner cette normativité au droit, comment faire en sorte que les individus ne perçoivent pas le droit comme un pouvoir mais comme une autorité*¹⁹⁰⁰ ? S'il est possible de montrer que le système tend à produire (et a intérêt à le faire) des normes permettant de favoriser l'émergence d'une véritable normativité du droit, la normativité ne devient plus une caractéristique du droit mais un produit du système normatif global (et une confusion sur la normativité du droit comme droit peut survenir)¹⁹⁰¹. La normativité ne provient toujours pas du droit mais des normes sociales qui permettent de « légitimer » le droit et finalement de le rendre presque « normatif »¹⁹⁰².

*Dès lors qu'assurer une normativité au droit conduit à diminuer les coûts de fonctionnement du système, l'efficacité conduit à sélectionner les règles dont la force normative sera reconnue plutôt que celles dont la normativité n'est que prudentielle*¹⁹⁰³. En supposant une compétition entre les groupes, les systèmes dans lesquels le droit aura une plus grande normativité auront, toutes choses égales par ailleurs, tendance à survivre (car étant moins coûteux, ils bénéficient d'un avantage évolutionnaire).

Les législateurs seront incités à adopter des normes susceptibles de revêtir une adhésion, soit en raison de la procédure adoptée (cette procédure est « juste », « bonne », « efficace », etc.), soit en

¹⁹⁰⁰ Cette logique se retrouve dans les écrits de Nietzsche : à qui profite le crime ? (Friedrich Nietzsche, *La Généalogie de la Morale*, 2006, Flammarion, Paris, 278 pages).

¹⁹⁰¹ C'est par son mode de création que le droit apparaît comme normatif en tant que droit.

¹⁹⁰² Plus fondamentalement, la normativité est nécessairement externe au droit : le droit ne peut imposer que les individus considèrent le droit comme une obligation dans le réel car le droit ne peut percevoir la notion d'obligation qu'au sein de son système (il ne peut définir que l'obligation juridique dans le système et non l'obligation dans le réel). La normativité dans le réel (ou moins largement dans un système plus large que le système juridique) n'est pas une caractéristique du droit. En d'autres termes, *la normativité du droit ne peut être une caractéristique externe du droit car le droit n'a pas accès à un au-delà de son système* (le droit n'est donc normatif que relativement à lui-même).

¹⁹⁰³ La question de la normativité du droit n'est pas accessoire justement car la normativité du droit permet de réduire les coûts de fonctionnement du système. Un système entièrement fondé sur la normativité prudentielle serait extrêmement coûteux et finirait par implorer.

raison du contenu (cette norme est « juste », « bonne », « efficace », etc.¹⁹⁰⁴). Si le législateur a le choix entre deux normes, il préférera la norme qui s'insère le mieux dans un ensemble normatif considéré, ne serait-ce que parce que son choix sera perçu comme n'étant pas « politique » mais dicté par la nécessité. L'autorité de la norme sera alors plus « acceptable » dans la mesure où celle-ci ne sera pas perçue comme « politique », « orientée », etc. *Faire de la norme un acte de connaissance plutôt qu'un acte de volonté facilite l'autorité de la norme.*

L'ensemble des règles de procédure d'un système vise à favoriser une normativité du droit (soit via sa sacralisation et l'idée de volonté générale ; soit via sa nécessité au regard des circonstances ; soit via sa valeur morale¹⁹⁰⁵). L'idée de validité est dès lors une entreprise de « légitimation » du droit (même si on a alors tendance à oublier que la validité est avant tout une caractéristique formelle du système et non une caractéristique « substantielle »)¹⁹⁰⁶.

La normativité du droit n'est donc pas une caractéristique du droit pour l'analyse économique du droit qui n'envisage son objet que sous l'angle fonctionnel. Elle est cependant une caractéristique souvent associée au droit en raison des pressions du système (mais aussi du changement de points de vue¹⁹⁰⁷)

¹⁹⁰⁴ Ces rhétoriques sont plus que fréquentes dans le monde politique, mais aussi dans le monde juridique de la justification des normes. Ces termes ne veulent cependant pas dire grand-chose.

¹⁹⁰⁵ Ou sa présentation comme revêtant ces différents « caractères ».

¹⁹⁰⁶ Ce qui a pu faire dire que le positivisme permettait de légitimer de nombreuses barbaries.

¹⁹⁰⁷ L'analyse économique ne peut observer le droit qu'à partir de son code et non de façon « interne » au droit (dont elle ne peut réutiliser le code). Si le droit se pense normatif relativement à lui-même, il ne sera pas perçu comme normatif relativement à un autre code comme celui de l'analyse économique.

Section 2. Le droit comme activité, le problème fondamental de la décision judiciaire

*« the meaning of an idea lies not in its definition, its form, its relation to other ideas, but rather in its consequences in the world of facts »*¹⁹⁰⁸

Richard Posner

*« What is important is that judges and other policymakers should think in terms of consequences without taking the rhetoric of legal formalism seriously and without bothering their heads about pragmatic philosophy either; that they should be, in short, everyday pragmatists »*¹⁹⁰⁹

Richard Posner

Si l'analyse économique du droit ne s'intéresse pas – ou très peu – à la signification de son objet (qu'elle tend à considérer comme une donnée¹⁹¹⁰ extérieure à l'analyse), c'est pour se focaliser sur la décision judiciaire, autrement dit le moment de l'action concrète et directe du droit¹⁹¹¹ (qui permet de fonder les anticipations sur le fonctionnement du droit et donc l'action indirecte du droit), le moment où le droit, en s'exprimant, peut poser des difficultés.

Le droit n'a pas à être, il suffit qu'il agisse (mais en agissant ne révèle-t-il pas un « être » ?), qu'il ait une influence sur le monde réel et que cette influence fasse partie de sa « mission » – même si cette « mission » résulte d'une interprétation ; c'est uniquement sous cet angle que le droit intéresse l'économie ; c'est parce qu'il a cette influence que l'analyse économique se construit et peut appréhender ce phénomène. Sa « forme » importe donc peu (même si sa qualification est nécessairement liée à sa forme)¹⁹¹².

¹⁹⁰⁸ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 16

¹⁹⁰⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, p 55

¹⁹¹⁰ Sans cette donnée, la qualification d'analyse juridique est extrêmement délicate. En écartant le problème, l'analyse économique s'intéresse à ce qui peut être qualifié de droit et ce dans une forme très abstraite.

¹⁹¹¹ Au sens ici de fondement de la décision. En adoptant une conception du droit comme activité, la question peut se poser de savoir si les fondements du droit (comme activité) font partie du droit.

¹⁹¹² La dimension américaine du mouvement se traduit alors : cette conception du droit semble en effet plus « large » et moins attachée à une conception « formelle ». C'est certainement en lien avec ce « manque » de formalisme que l'analyse économique du droit a pu se développer puisqu'elle permet de recréer une certaine cohérence au sein d'un droit qui pourrait apparaître

Si le droit est avant tout une activité qui influence le réel, et que c'est cette dernière caractéristique qui est saillante (ou considérée comme telle), la « *décision judiciaire* » constitue le problème central du droit puisqu'elle matérialise ce dernier dans son activité¹⁹¹³ et lui donne ainsi un sens. Comment décide-t-on en matière de droit mais aussi comment devrait-t-on décider ? L'influence du droit sur le réel est-elle optimale (effective, efficiente et efficace) et comment faire en sorte qu'elle le soit ou qu'elle s'en approche (en supposant valide cet objectif) ?

C'est à travers ces deux interrogations que se construit l'analyse économique du droit (et que la représentation du droit présente dans l'analyse doit s'interpréter). Cette dynamique devient même fondamentale lorsque cette méthode est mise en perspective dans l'histoire de la théorie juridique américaine¹⁹¹⁴. Avec l'explosion du sens et le scepticisme induit par le réalisme¹⁹¹⁵ – qui ne va cependant pas jusqu'à nier qu'il existe un objet « droit » – l'analyse juridique est à la recherche d'un fondement pour la prise de décision et l'interprétation du droit. Si nous suivons Posner¹⁹¹⁶, *l'analyse économique du droit est une des réponses à l'insatisfaction produite par les approches juridiques traditionnelles* (à la fois sur le plan descriptif et sur le plan normatif) qui ne permettraient pas de dépasser cette explosion du sens (§1). La simple prolifération de l'analyse économique du droit dans les facultés de droit pourrait constituer une preuve que cette méthode fournit certains avantages par rapport aux méthodes classiques puisque, sans cela, elle disposerait d'un faible pouvoir d'attraction.

« éclaté » (c'est d'ailleurs une des raisons qui a influencé Posner). Cette dimension sera étudiée dans la seconde partie de notre thèse.

¹⁹¹³ mais aussi la matérialité du droit puisque raisonner en droit c'est utiliser des arguments considérés comme juridiques

¹⁹¹⁴ Nous ne pourrions pas développer ici l'ensemble des éléments et nous nous contenterons de quelques éléments. Pour une mise en perspective plus globale, voir Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit ; et dans une moindre mesure Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, op cit (qui développe une approche en terme d'oscillation que souhaite justement dépasser Duxbury)

¹⁹¹⁵ Sur ce point, voir par exemple Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit ; Michel Rosenfeld, *Just Interpretation, Law Between Ethics and Politics*, 1998, University of California Press, Berkley, 296 pages, par exemple pp 13-15; Kent Greenawalt, *Law and Objectivity*, 1992, Oxford University Press, Oxford, 288 pages, spécialement chapitre 3, notamment p 34;

¹⁹¹⁶ Mais en un sens Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, traduisent la même ambition. Dans le même sens, Georgakopoulos (Nicholas Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics*, op cit, p 3) précise que : « *Law and economics presents a methodology that its users believe overcomes the limitations of less quantitative approaches to law, mainly those associated with moral philosophy or political theory* ». Une telle affirmation sera nuancée dans la seconde partie de notre thèse. Nous présenterons quelques « attaques » formulées par l'analyse économique du droit et qui permettent de mieux saisir la logique de l'analyse.

Afin d'atteindre une forme d'objectivité ou au moins d'objectivation dans la décision judiciaire (qui risque alors de se détacher du droit¹⁹¹⁷), les tenants du réalisme ont recherché des solutions dans la science¹⁹¹⁸. L'analyse économique du droit suit la même approche en valorisant un idéal de décision scientifique, tout en ne négligeant pas l'apport des approches postérieures au réalisme (et c'est en cela que sa place ne peut être parfaitement saisie par la logique d'oscillation entre réalisme et formalisme¹⁹¹⁹). Certains auteurs, lorsqu'ils s'intéressent aux fondements de l'analyse économique du droit, vont même jusqu'à la dépasser en essayant de construire une approche pragmatique du droit dont l'analyse économique n'est qu'une manifestation (§2). Cette mise en perspective conduit néanmoins à repenser la valeur de l'analyse économique du droit.

Cette section s'appuiera essentiellement sur les travaux de Richard Posner dans la mesure où il est l'un des rares auteurs du mouvement à s'interroger sur les fondements et les limites de son analyse¹⁹²⁰. A bien des égards cependant, l'analyse proposée par Posner traduit une dimension « présente » dans les analyses proposées par les autres auteurs du mouvement ou, au moins, une grille de lecture plausible pour apprécier les enjeux et les logiques sous-jacentes aux analyses économiques du droit.

Nous approcherons les théories juridiques traditionnelles telles que les décrit Posner (et que nous retrouvons aussi chez Kaplow et Shavell), sans nous interroger sur le sens d'une analyse juridique du droit, cette analyse constituant un des centres de la seconde partie de notre thèse. Les éléments présentés ici permettront cependant de saisir que l'analyse économique du droit s'est construite, en partie, en opposition à certaines analyses considérées comme « juridiques » (ou plus précisément en opposition avec une représentation de ce à quoi correspondent les analyses juridiques). Comprendre les motivations du rejet permet alors de mieux saisir les enjeux

¹⁹¹⁷ Notons d'ailleurs un certain paradoxe. Si l'analyse économique ne s'intéresse qu'à la décision judiciaire, elle ne peut pas étudier ce qui en fait la juridicité. Autrement dit, elle risque de faire disparaître le droit comme droit pour le remplacer par un système de choix déterminés par l'économie. Si elle ne va pas jusque là, elle doit disposer d'une théorie du droit qu'elle n'explique pas. Les conséquences théoriques de ces deux positions sont pourtant radicalement différentes car seule la dernière peut connaître le droit. En pratique, le tout fonctionnel correspond davantage à un affichage qu'à une réalité. Posner, nous le verrons, ne considère pas la dimension juridique comme non pertinente, même s'il en a une conception élargie.

¹⁹¹⁸ Voir notamment John Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, op cit. C'est en cela que l'analyse économique du droit est une continuation d'un programme réaliste même si ses liens avec le réalisme sont plus complexes qu'on ne pourrait le croire au premier abord.

¹⁹¹⁹ Sur ce débat voir Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960*, op cit, qui rend compte de l'histoire des théories juridiques aux Etats-Unis à travers un tel mouvement. Pour une critique de cette logique, voir Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit. Nous partageons la position de ce dernier.

¹⁹²⁰ Ou l'un des rares à écrire sur le sujet.

méthodologiques de l'approche et donc d'entrevoir certains des fondements épistémologiques de l'analyse.

§1. L'analyse économique du droit, une réaction aux approches « approximatives » de la théorie juridique

L'analyse économique du droit participe d'un mouvement de réactions face aux difficultés engendrées par les analyses juridiques traditionnelles. Le problème fondamental est identifié par Posner : « *We now know that if we give a legal problem to two equally distinguished legal thinkers chosen at random we may get completely incompatible solutions ; so evidently we cannot rely on legal knowledge alone to provide definitive solutions to legal problems* »¹⁹²¹. Autrement dit, à un problème, il semble pouvoir exister plusieurs solutions ce qui conduirait le droit hors des chemins de l'objectivité, laquelle requiert qu'à un problème il existe une et une seule solution¹⁹²² (ou au moins des solutions qui ne sont pas incompatibles) ; Posner rejette logiquement la possibilité d'une réponse statistique. De façon plus éclatante encore, il interroge la capacité de la méthode juridique à fournir de la « connaissance » (entendue ici dans un sens très particulier lié à sa conception de la science).

Si plusieurs solutions sont possibles, comment discriminer entre deux approches juridiques, sachant que le juge doit trancher les litiges¹⁹²³ ? Plus précisément, disposons-nous de fondements *juridiques* permettant cette discrimination ? Est-ce simplement une question de « validité » formelle du raisonnement (auquel cas les deux solutions sont également valables et la « connaissance » juridique n'est pas totale) ou doit-on dépasser la validité formelle pour discriminer à l'aide de concepts plus abstraits mais susceptibles de permettre celle-ci en toutes circonstances (ou au moins dans la plupart des cas), au risque de « sortir » du droit¹⁹²⁴ ? Il semble alors manquer une méta-théorie (évaluée elle-même par une métaméta-théorie) à la fois descriptive et normative permettant de tendre vers une certaine forme, si ce n'est d'objectivité, au

¹⁹²¹ Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*, op cit, p 667

¹⁹²² Ce point nous semble mal rendre compte de la nature du droit. Nous réaliserons une analyse plus détaillée de cette question dans la seconde partie de notre thèse. Basiquement, il nous semble que le droit existe justement pour permettre des arbitrages mais ne peut et ne souhaite pas pouvoir être parfaitement objectif.

¹⁹²³ Cette dernière remarque permet de poser une contrainte au raisonnement... tout problème juridique peut être tranché, par définition, ce qui ne veut pas dire qu'il peut l'être sur les mêmes bases que l'ensemble des problèmes juridiques, ni que le fondement de la décision est le même quel que soit le problème en cause.

¹⁹²⁴ Et de modifier la conception traditionnelle du rôle du juge. Dans ce cas là, le problème n'est que repoussé et non solutionné puisque les méta-règles que nous allons utiliser peuvent conduire à analyser les métaméta-règles, etc.

moins de relative unité¹⁹²⁵. Autrement dit, est-ce que la décision judiciaire dépasse la question de la forme du raisonnement¹⁹²⁶, c'est-à-dire va au-delà d'un « code » juridique ?

Afin de pouvoir construire une telle méta-théorie, il est nécessaire d'identifier les déficiences¹⁹²⁷ mises en évidence par les théoriciens de l'analyse économique du droit (A). Ces « déficiences » sont construites par le modèle épistémologique de référence utilisé par l'analyse économique du droit. Le code détermine le sens et même la valeur de certains résultats. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce problème dans la seconde partie de notre thèse lorsque nous interrogerons le passage du théorique à l'empirique en matière d'analyse économique du droit.

Ces « déficiences » permettront de rechercher une solution à l'explosion du sens qui semblerait se trouver dans l'idéal de la décision scientifique (B)¹⁹²⁸. Plus précisément, *l'adhésion à une épistémologie hypothético-déductive, conduit les théoriciens à rechercher des possibilités de mise en œuvre de cette épistémologie au sein du droit*¹⁹²⁹. Les difficultés théoriques de cette « implémentation » passent au second plan et la réflexion est d'ailleurs essentiellement théorique à ce niveau, ce qui explique que de nombreuses attaques d'une théorie juridique formulées par Posner s'appliquent en fait à sa propre approche puisque cette dernière se construit en creux. Le problème n'est que repoussé si nous adhérons à cette épistémologie.

Nous ne nous pencherons pas ici dans le détail sur les critiques des « déficiences » identifiées par l'analyse économique du droit, au premier titre desquelles figure l'absence d'une solution nécessairement claire et évidente face à un problème juridique, voire même l'absence d'une solution juridique unique¹⁹³⁰. Nous commencerons par accepter ces « déficiences » comme

¹⁹²⁵ Cette méta-théorie n'est pas nécessairement juridique et in fine ne peut pas l'être. Sunstein rapporte ainsi que Easterbrook « *is correct in saying that law is not autonomous in the sense that any legal doctrine ultimately needs a defense in non legal terms* » (Cass Sunstein, *The Autonomy of Law in Law and Economics*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 89-94, p 93).

¹⁹²⁶ Une réponse à cette question sera apportée dans la seconde partie de notre thèse.

¹⁹²⁷ La question des déficiences du raisonnement juridique fera l'objet d'une analyse dans la suite de notre thèse. En effet, la qualification de déficiences ne peut être réalisée qu'à partir d'une méta-théorie permettant de déterminer ce qui est déficient et ce qui ne l'est pas. Une nouvelle fois le point de vue détermine le sens attribué aux objets analysés et met au jour l'épistémologie générale sous-jacente.

¹⁹²⁸ La conception de la science de Posner reste limitée à l'idée qu'à un problème, il n'existe qu'une et une seule solution. La connaissance probabiliste comme dans la physique quantique n'est pas prise en compte. Ceci n'a rien de « grave » mais le concept de connaissance scientifique est légèrement bouleversé par l'acceptation d'une connaissance strictement probabiliste.

¹⁹²⁹ Si l'analogie est possible, *La Théorie Pure du Droit* (op cit.) de Kelsen ne peut se comprendre sans relation avec l'épistémologie à laquelle il adhère. La théorie du droit qui en ressort est « dictée » par ses postulats épistémologiques et le but qu'il s'assigne. La recherche n'est donc, paradoxalement, pas « pure ».

¹⁹³⁰ L'idée de nécessité renvoie ici à l'idée de démontrabilité de la connaissance et des fondements de cette démontrabilité (ceci ressort par exemple dans Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 199). Il est certain que pour affirmer une telle

déficiences. Cette idée sera néanmoins nuancée dans la seconde partie de notre thèse lorsque nous examinerons les limites théoriques d'une connaissance « scientifique » du droit (en termes de calculabilité, voire même de logique).

A. L'insatisfaction face aux approches juridiques traditionnelles : l'impossible nécessaire solution claire et évidente

Posner consacre deux de ses ouvrages à la question des « déficiences » du raisonnement « traditionnel » en droit¹⁹³¹. Au-delà, son « œuvre » et l'analyse économique du droit peuvent être appréhendées autour de cet axe unique : *comment dépasser les limites du raisonnement juridique « traditionnel » qui ne semble pas pouvoir fournir une réponse nécessaire et démontrable à toute question juridique ?* Comment dépasser la méthodologie juridique pour faire émerger une procédure d'approche unique (ou au moins uniforme) des problèmes, susceptible d'éclairer de façon univoque les enjeux et les difficultés, et de conduire à des solutions « scientifiques » (en contenu ou en procédure) aux problèmes posés ?

Empiriquement, l'intérêt de l'analyse économique devrait se trouver dans une nouvelle puissance d'analyse susceptible de dépasser, ou au moins d'égaliser – mais avec plus « d'élégance » – l'analyse juridique dans certaines situations (il s'agira alors d'une théorie relative et non générale). Identifier les déficiences constitue un premier pas pour « construire » une nouvelle théorie ou une nouvelle méthode d'approche des problèmes.

Pour Posner, les « limites » à l'identification d'une solution juridique ne sont pas toujours présentes. Le problème ne se poserait que lorsqu'une part « politique » peut entrer dans la

chose, il est nécessaire d'interpréter une situation (ce qui pourrait suffire à démontrer l'impossible solution claire et évidente). L'absence de solution unique résulte, elle, d'un postulat ontologique, celui de la complétude du droit. Si le droit est complet, c'est l'analyse du problème qui fait défaut et non le droit (mais si le système est complet et cohérent, il existe logiquement en fait des propositions juridiques indécidables ; si le système semble complet tout en étant incohérent alors tout est démontrable dans le système qui ne peut prétendre à une connaissance « scientifique »). Dans cette analyse nous adoptons une position presque platonicienne dans la mesure où nous supposons que « la vérité » juridique existe et qu'il faut la trouver. Si le droit est incomplet et que cette incomplétude est acceptée, la solution à un problème juridique ne relève plus du seul droit ce qui pose la question de sa « juridicité » (qui ne concernerait véritablement que la valeur des énoncés mais cette valeur serait insuffisante pour la prise de décision sauf si un seul énoncé est valable... ce qui pose alors la question de la validité du raisonnement, question qui revient à celle de la démontrabilité).

¹⁹³¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit ; Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit. D'autres ouvrages, qui ne traitent pas spécifiquement des limites du raisonnement juridique, y touchent : Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit ; Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit (qui traite dans certains chapitres de problèmes liés au raisonnement juridique, par exemple chapitres 6, 7, 19) ; ou encore Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit. Richard Posner, rappelons le, n'est pas le seul (voir notamment Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit).

décision (ce qui réduit le domaine de validité de l'analyse économique du droit comme outil de décision). Il considère ainsi que « *There are still politically uncontroversial fields of law, such as trusts and taxation (the latter a field where statutory detail leaves little room for judicial discretion), but fewer than in the 1950s* »¹⁹³². Dans certains domaines, le raisonnement juridique semble donc suffire (ce qui dans l'absolu est critiquable, même en matière fiscale) et les différentes autres méthodes ne pourront qu'ajouter de l'élégance à l'approche sans pouvoir modifier la « vérité » de la solution. Dans d'autres domaines, il faudrait distinguer entre les cas simples et les cas complexes¹⁹³³, ces derniers permettant seuls de mettre au jour les difficultés inhérentes au raisonnement juridique. En effet, dans un cas « complexe », il existe plusieurs solutions « en forme » juridique si bien que la solution « juridique » est « indéterminée » (mais qu'il faut utiliser les outils juridiques pour savoir si cette solution est indéterminée). Leur seule présence illustre les difficultés des méthodes juridiques traditionnelles (il est nécessaire de « sortir » de la méthode juridique pour résoudre une situation¹⁹³⁴), si nous considérons que les deux solutions sont juridiquement valables (ce qui suppose, une nouvelle fois, une théorie du droit), et non si nous supposons qu'il existe une et une seule solution à tout problème juridique (il est aisé de comprendre dès lors pourquoi Posner et Dworkin s'attaquent mutuellement).

L'attaque de Posner, visant sa conception de la théorie juridique traditionnelle, se fait en deux temps. D'une part, le droit n'est pas contenu tout entier dans les textes juridiques et dans la jurisprudence ; toute solution du droit ne peut se trouver dans l'unique interprétation des textes et de la jurisprudence (1). Posner revient ici sur le problème de l'interprétation bien connu des théoriciens du droit et rejette une forme de formalisme¹⁹³⁵. D'autre part, comme le droit n'est pas

¹⁹³² Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*, op cit

¹⁹³³ Nous ne discuterons pas des problèmes théoriques liés à cette distinction et notamment l'impossibilité de ne pas interpréter la situation pour définir cette distinction. Le problème de la discrimination ne devrait pas pouvoir être écarté aussi simplement que le fait Posner : sur quelle(s) base(s) peut-on considérer qu'un cas est un « cas simple » ? Nous entendrons le problème sous sa forme intuitive : il semble que certains cas soient moins complexes que d'autres. Ceci pourrait se mesurer empiriquement par la fréquence d'une population de juristes à donner une réponse identique à un même cas (néanmoins, cette solution ne serait pas parfaite puisque la solution identique n'est pas le seul critère permettant de déterminer la difficulté d'une situation).

¹⁹³⁴ Par « sortir de la méthode juridique », il serait possible d'entendre « sortir du droit » ou « rejet d'une autonomie parfaite de la discipline ». Néanmoins, si le droit reconnaît la possibilité d'utiliser d'autres « méthodes », ces méthodes peuvent être considérées comme juridiques. Cette subtilité ne permet cependant pas de bien saisir la difficulté que souhaite mettre en avant Posner. L'idée de code permet de mieux percevoir la difficulté (et de poser dans des termes nouveaux la question de l'autonomie du droit). Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la suite de cette thèse.

¹⁹³⁵ Le formalisme étant entendu comme « *the endeavour to treat particular fields of knowledge as if governed by interrelated, fundamental and logically demonstrable principles of sciences* » (Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, op cit, p 10). La forme de formalisme ici critiquée correspond essentiellement à l'approche de Langdell notamment : « *Law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. To have such mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever tangled skein of human affairs,*

contenu tout entier dans les textes ou la jurisprudence (dans un droit « tangible »), il est nécessaire de faire appel à des méthodes « extra-juridiques » et, parmi ces méthodes, Posner rejette violemment l'apport de la philosophie morale (2) caractérisant, selon lui, la méthode juridique « classique ». Celle-ci ne serait, en effet, pas « scientifique » (cette critique n'est cependant pas, elle-même, scientifique).

Ces critiques sont habituelles pour les théoriciens du droit¹⁹³⁶. Nous nous intéresserons aux motivations des critiques présentées par Posner puisqu'elles nous obligent à nous interroger à l'épistémologie sous-jacente (et parfois même à l'ontologie qui définit les possibilités d'une épistémologie) et conduisent à considérer l'analyse économique comme une réponse possible, mais partielle, à ces « difficultés ». Sous cet angle, l'analyse économique du droit n'est pas « positive » mais « normative ». Elle ne vise pas simplement à « décrire », mais aussi à se positionner en outil de décision pertinent¹⁹³⁷.

1. Le rejet de la solution par l'interprétation unique des textes et des jurisprudences

Face à un problème juridique, la procédure de recherche de solution(s) conduit à s'intéresser aux textes et à la jurisprudence, ne serait-ce que pour le codage de la solution (sa forme juridique). Se pose alors la question de savoir si, pour toute question juridique, la réponse se trouve toute entière dans les textes et la jurisprudence. Suffirait-il d'étudier ces derniers pour que LA réponse juridique émerge « naturellement », ou est-il nécessaire de faire appel à une dimension

is what constitutes a true lawyer » (Christopher C Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871, Little, Brown & Co, 1022 pages, p vi). Le rejet du langdellianisme étant une caractéristique du réalisme aux Etats-Unis, l'approche de Posner peut être considérée comme réaliste. Il serait faux de considérer que l'analyse économique du droit n'est pas une *forme* de « formalisme ».

¹⁹³⁶ Il suffit de penser, en France, à l'œuvre de Michel Troper (souvent mal interprétée, ce qui est parfaitement « réaliste ») ; pour une première introduction aux théories de l'interprétation, voir Michel Troper, *Interprétation*, in Denis Alland et Stéphane Rials (eds), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, op cit, pp 843-847 ; voir surtout Michel Troper, *La Théorie du Droit, Le Droit, L'Etat*, 2001, PUF, Paris, 334 pages, spécialement chapitres I, V et VI). Il faut néanmoins reconnaître que si ces critiques sont traditionnelles, tous les théoriciens du droit ne sont pas ou n'ont pas été des « réalistes » en matière d'interprétation (pour une histoire de l'interprétation, voir notamment Benoît Frydman, *Le Sens des Lois*, 2008, Bruylant, Bruxelles, 696 pages) . Plus précisément, le degré de « réalisme » varie. Comme nous pourrions le constater, Posner n'est pas radical en la matière, ne serait-ce que parce qu'il considère qu'il existe des cas simples, mais aussi car le droit tangible conserve une puissance (mais il est difficile de dire si cette puissance est strictement structurelle, et dans ce cas on pourrait retrouver une théorie des contraintes appliquée, ou « réelle » - mais ce terme n'est pas pleinement satisfaisant).

¹⁹³⁷ Les réflexions sur l'efficacité de la common law peuvent être lues, sous cet angle, comme des moyens de « légitimer » en « naturalisant » la méthode du juge. Si le juge semble utiliser le raisonnement économique, l'explicitation du raisonnement économique le rendra plus performant, sans pour autant constituer une méthodologie imposée « de l'extérieur ».

« externe » ? Cette question touche celle de l'autonomie du raisonnement juridique, et même sa définition.

Si tel était le cas, l'analyse économique du droit n'aurait aucun intérêt pratique pour la prise de décision (puisque l'analyse juridique conduirait nécessairement à la solution). Elle pourrait éventuellement permettre une systématisation du droit plus « élégante », voire même une aide politique et une critique du processus de création des règles juridiques, mais il est difficilement concevable que ces seuls éléments soient véritablement à l'origine de l'essor du mouvement. En tout état de cause, l'analyse économique serait renforcée si tout le droit n'était pas déjà latent dans le droit « tangible » puisque l'espace alors créé pourrait être investi par les méthodes des sciences sociales et de l'économie en particulier.

Pour Posner, il n'est pas suffisant de pouvoir affirmer que tel ou tel raisonnement est un « bon raisonnement », il faudrait savoir pourquoi on lui attribue un tel qualificatif et au-delà s'interroger sur ce qui fait un « bon » raisonnement juridique. Le problème n'est plus simplement la solution mais « l'acceptabilité » et « l'efficacité » du processus de recherche, la tendance à la démontrabilité du raisonnement¹⁹³⁸ et sa capacité à produire de « bons » résultats. Il s'agit donc, pour lui, de savoir si l'interprétation des textes et de la jurisprudence permet d'accéder à une forme de démontrabilité pour conclure, sans surprise, qu'il n'en est rien : ni le recours à la jurisprudence (a), ni le recours aux textes (b), ni le recours à la volonté du législateur (c) ne permettent de trouver une solution juridique sur laquelle un accord pourrait *nécessairement* émerger, en raison du problème de l'interprétation¹⁹³⁹. Nous présenterons chacune de ces critiques car, pour Posner, elles illustrent l'impasse dans laquelle se situe l'analyse juridique (qui se fonde essentiellement sur des règles « tangibles »). Notre présentation ne sera pas pour autant détaillée sur chacun de ces problèmes tant la littérature est importante en la matière¹⁹⁴⁰.

Ceci ne signifie pas que ces recours n'ont aucun intérêt dans la recherche d'une solution juridique. Posner cherche d'ailleurs une voie moyenne entre la solution de Dworkin et celle des *Critical Legal Studies*¹⁹⁴¹. L'interprétation n'est donc pas pour lui radicalement indéterminée ou déterminée, elle

¹⁹³⁸ Ce qui suppose donc une conception « linéaire » du raisonnement et non une logique en parallèle comme dans les réseaux neuronaux.

¹⁹³⁹ Notons d'ailleurs la progression qui correspond à une approche dans un cadre de common law. La première source du droit étant la jurisprudence, les règles doivent être retrouvées grâce à l'interprétation de cette dernière. Afin de simplifier, des règles « tangibles » sont apparues mais, elles aussi, peuvent se révéler délicates à interpréter et le recours à la volonté du législateur ne permet pas, bien souvent, de solutionner le problème.

¹⁹⁴⁰ Nous aurons d'ailleurs l'occasion dans la seconde partie de notre thèse de développer une conception de l'analyse juridique.

¹⁹⁴¹ Voir sur ce point, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 247

se situe dans un entre deux. Si elle ne permet pas systématiquement d'identifier la solution, elle permet *a minima* de faire un premier tri dans les possibilités de solution¹⁹⁴². L'analyse économique du droit intervient à un stade plus avancé. Une fois un tri effectué, elle fournira des outils pour prendre une décision.

Notons à ce stade qu'il pourrait sembler qu'une opposition existe entre le postulat de rationalité et le postulat des limites de l'interprétation. Si nous considérons qu'il existe une solution véritable à l'interprétation, des individus rationnels devraient pouvoir la trouver, sauf à considérer qu'ils ont une rationalité limitée qui devrait alors être au centre des modèles. Si nous considérons que le langage du droit en tant que langage non formel contient des difficultés, l'individu rationnel pourra identifier des probabilités d'interprétation (dans ce cas le problème de l'interprétation est déplacé puisque la recherche des différents sens n'est pas censée poser de difficultés) et cette dynamique devra être prise en compte (à la fois car la précision de la règle entraîne des coûts plus importants pour son apprentissage – la rationalité se retrouve alors dans la connaissance de la règle –, et car l'imprécision de la règle peut avoir des effets positifs ou négatifs sur le comportement des individus¹⁹⁴³). Dans ce dernier cas, les « lacunes » du droit constituent sa force et participent de son efficacité, et les critiques les visant ne sont pas valables dans la mesure où elles constituent un « mal » nécessaire et efficace du point de vue de l'analyse économique du droit¹⁹⁴⁴. Si nous restons à un niveau « inférieur », ces lacunes sont perçues comme des difficultés qui nécessitent des méthodes de « comblement » acceptables.

a. Les problèmes liés au recours à la jurisprudence

Dans les pays de *common law*, et aux Etats-Unis notamment, l'étude du droit passe avant tout par l'étude de la jurisprudence via les fameux « casebook ». Dans les pays de droit écrit, la jurisprudence revêt, elle aussi, une importance puisqu'elle « précise » le « sens » des textes. *La possibilité de recourir à la jurisprudence présuppose une forme de cohérence dans les décisions des juges et un impact*

¹⁹⁴² En ce sens, voir par exemple, Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 62

¹⁹⁴³ Plus une règle est précise, plus elle touche un nombre d'évènements limité (en supposant que l'interprétation de l'évènement ne pose pas trop de difficultés) et donc elle peut plus facilement être contournée. Conserver de l'ambiguïté dans la règle permet à la règle d'embrasser un nombre plus important de situations. Les études de droit visent justement à systématiser et donc à simplifier l'apprentissage des règles en mettant en évidence des logiques possibles (et non les logiques effectivement suivies... si elles existent).

¹⁹⁴⁴ Une nouvelle fois le problème est celui du niveau de la critique : faut-il s'intéresser au contenu de la règle, ou à la méta-règle qui permet d'en déterminer le contenu ? Ce problème nous semble être au centre des difficultés liées à l'analyse économique du droit.

de celle-ci lors de la prise de décision. Cette cohérence peut émerger des contraintes du système comme nous l'avons déjà montré : elle se construit à mesure qu'il existe une « attente » de cohérence de la part des acteurs du système¹⁹⁴⁵ (la « peur » de se faire renverser conduit le juge à la « renforcer »). L'une des raisons d'être de l'analyse économique est de fournir une structure d'approche du droit pertinente et globale¹⁹⁴⁶.

Si cette cohérence n'est pas présente ou pas « suffisante », l'utilisation de la jurisprudence pour résoudre des cas est ineffective dans toutes les circonstances. Si nous supposons à l'extrême que les décisions de justice sont le fruit du hasard, les décisions antérieures ne peuvent pas nous aider à résoudre les cas puisque le respect du principe du précédent et une fidélité même relative à la jurisprudence antérieure sont totalement niés par le processus de décision.

Si la cohérence du système est relative, il y existe au moins une contradiction (ou une possibilité de contradiction si nous supposons le système incomplet). Cette contradiction laisse la place à deux jurisprudences contradictoires et donc à l'indécidabilité d'au moins un cas, lorsque la résolution du cas suppose « l'utilisation » de ces jurisprudences. Le recours à la jurisprudence n'est alors pas suffisant pour dégager une solution juridique unique. Le phénomène du « *forum shopping* » est donc possible et le rôle de l'avocat n'est plus nié¹⁹⁴⁷. La présence de cette contradiction vicie aussi la possibilité de démonstrabilité¹⁹⁴⁸ à l'intérieur d'un tel système, au moins dans les modules où cette contradiction intervient.

Si la cohérence du système est parfaite et le système présumé complet, il devrait exister une solution juridique à un cas juridique et cette solution devrait pouvoir être démontrable – en raison même du postulat de départ¹⁹⁴⁹. Le juge ne serait alors que la « bouche de la loi ». Il est même vraisemblable que le droit pourrait être entièrement automatisé à l'aide d'un système expert ; le juge et l'avocat deviendraient des techniciens qui résolvent des cas juridiques comme on résout un problème mathématique. Les difficultés de construction de ces systèmes experts traduisent l'impossibilité de formaliser le droit sur le modèle de l'arithmétique.

¹⁹⁴⁵ Autrement dit de simples croyances peuvent entraîner des réactions en chaîne et des boucles d'auto-renforcement conduisant à l'émergence d'une cohérence relative (cette cohérence ne pouvant être parfaite en raison de l'imprécision du langage).

¹⁹⁴⁶ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, p 40

¹⁹⁴⁷ Si nous supposons que les avocats sont capables de déterminer les solutions juridiques, tout litige serait réglé avant le procès.

¹⁹⁴⁸ La démonstrabilité supposant un langage non ambigu, ce qui est impossible avec le langage commun. Notons cependant la tendance du droit à construire son propre langage pour en faire un outil plus « puissant ». Il est cependant douteux qu'il soit possible d'arriver à une parfaite formalisation.

¹⁹⁴⁹ En fait, par extrapolation du théorème de Gödel, la vérité dépasse la démonstration et tout système aussi puissant que l'arithmétique n'est pas complet et ne peut pas l'être.

La cohérence ou l'incohérence du système est construite et non « réelle », car le langage juridique n'est pas un langage formel. La décision judiciaire ne se prend pas sur la base d'une axiomatique mais sur des anticipations et des calculs d'opportunité (notamment de la part des juges). Il est rare que le référentiel de base soit même précisé. Par ailleurs, le système ne peut être complet car à un moment donné, nous ne disposons que d'un ensemble de jurisprudences, si bien que la construction se fonde sur cet ensemble et non sur l'ensemble du droit (qui n'est pas entièrement matérialisé par les jurisprudences). Ainsi la résolution d'une situation via la jurisprudence suppose en principe l'extension de celle-ci avec notamment la logique de l'analogie (chaque cas étant techniquement différent) et donc des frontières floues entre les catégories.

La jurisprudence nous fournit cependant des indices sur ses modes de raisonnement à au moins trois niveaux :

- (1) au niveau de la qualification juridique des faits. En droit administratif par exemple, elle nous fournit des exemples d'activités considérées comme des services publics.
- (2) au niveau définitionnel des catégories qu'elle utilise. En droit administratif toujours, la jurisprudence précise la signification du concept de service public. Celui-ci apparaît comme résultant d'une somme de sous-catégories. Le niveau définitionnel conduit aussi à s'intéresser à l'articulation entre les différentes catégories dégagées.
- (3) au niveau des conséquences juridiques des indices qu'elle précise. Si nous avons un service public industriel et commercial, les relations entre les usagers et le gestionnaire de ce service sont soumises au droit privé¹⁹⁵⁰.

Notons que les contradictions peuvent intervenir à n'importe lequel de ces niveaux.

La possibilité d'induire des « principes » de la jurisprudence permettant ensuite de « déduire » une solution à un cas d'espèce est donc viciée dès le départ par l'imprécision du langage (la fameuse *différance* de Derrida¹⁹⁵¹) et la nécessité d'interpréter cette jurisprudence pour en « induire » des principes. Ces principes apparaissent aux trois niveaux que nous venons de dégager. Par exemple, la qualification juridique des faits crée des possibilités de principes plus abstraits quant à la relation entre les catégories et le monde réel (« sens » de intérêt général par exemple).

¹⁹⁵⁰ Nous avons le niveau qui permet d'insérer le monde réel dans le monde du droit et les règles de fonctionnement à l'intérieur du monde du droit. Logiquement les principes sont plus abstraits en ce qui concerne la qualification juridique des faits qu'en ce qui concerne l'aspect définitionnel et « conséquentiel » des catégories formées.

¹⁹⁵¹ Plus largement toute la philosophie de la déconstruction, toute la sémiologie et la philosophie du langage pointent vers l'imprécision du langage. La philosophie de Wittgenstein peut d'ailleurs être lue dans ce sens. Une fois que nous acceptons la rupture entre le signifiant et le signifié, le droit tangible, qui est formulé, reste impénétrable dans sa totalité (une fois de plus, si nous supposons qu'il peut être parfaitement cohérent).

Ces principes, afin d'être opérationnels et de pouvoir fournir des outils de « démonstration » des solutions juridiques, doivent être formulés (sans quoi rien ne permettrait de « prouver » la « justesse » du raisonnement), alors que, « idéalement », ils ne devraient pas pouvoir l'être afin de ne pas ajouter de l'ambiguïté à l'ambiguïté du sens (et finalement c'est tout l'objet de la méthode socratique, même si ensuite il faudra « argumenter »). Posner signale ainsi que « *Because of its conceptual character, common law is unwritten law in a profound sense. Indeed, a common law doctrine is no more textual than Newton's universal law of gravitation is* »¹⁹⁵². Définir le service public par, notamment, l'intérêt général (voire même l'intérêt général suffisant) n'est dès lors pertinent que si la seconde catégorie est plus « précise » que la première (permet de réduire le nombre des candidats potentiels de façon plus importante)¹⁹⁵³. Dégager une certaine cohérence au sein de la jurisprudence suppose que celle-ci utilise des catégories pour raisonner (et donc un codage).

Les principes étant plus abstraits que les cas d'espèce dont ils sont tirés, l'application des principes posera des difficultés puisque le principe de l'abstraction (dans ce type de cas) est justement l'imprécision. La formulation de ceux-ci n'est pourtant pas indifférente à la solution qui sera retenue. Posner considère cependant que : « *nevertheless, many common law doctrines have a stable meaning, though expressed in a variety of different ways* »¹⁹⁵⁴. Si pour l'induction il est possible d'exprimer de différentes façons ce que l'on perçoit (mais alors le sens véritable se retrouve dans une conjonction de formulations), pour la déduction, il sera nécessaire de ne se fonder que sur une formulation (si nous souhaitons pouvoir formaliser). Or la différence dans les formulations et potentiellement dans les catégories de raisonnement peuvent conduire à des interprétations différentes des phénomènes postérieurs à la construction de cette formulation.

Si la possibilité qu'un juge se trompe¹⁹⁵⁵ n'est pas nulle¹⁹⁵⁶, l'induction d'un principe résulte, en partie, de la théorie relative à ces principes. Si enfin nous supposons que le juge fait un droit cohérent mais avec une marge « d'erreur » acceptable¹⁹⁵⁷, il existera systématiquement différentes façons de relier les jurisprudences pour en former un tout cohérent, si bien qu'il sera impossible

¹⁹⁵² Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 248. Cette affirmation conduit, une nouvelle fois, à souligner la fascination pour les sciences et la volonté de faire en sorte que le droit se rapproche de cet idéal scientifique.

¹⁹⁵³ Dans le monde du droit, les critères du service public sont définitionnels. Dans le monde « réel », les critères du service public servent simplement à essayer d'en dégager les « bords ».

¹⁹⁵⁴ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 248

¹⁹⁵⁵ Sa décision reste du droit mais elle manque de cohérence par rapport à l'ensemble du système.

¹⁹⁵⁶ Si nous acceptons le modèle de décision présenté dans le précédent chapitre, la cohérence n'est assurée qu'en règle générale.

¹⁹⁵⁷ si bien que la jurisprudence ne représente pas des points mais des tâches ; autrement dit, il ne s'agit pas d'erreur au sens propre, la solution « tourne autour d'une zone des possibles ».

d'en déterminer les « vrais » principes (la discrimination via la falsifiabilité étant plus que délicate). Le système juridique fondé sur la jurisprudence présentera donc des cas d'indécidabilité. Par exemple, la jurisprudence nous aide à dégager une idée d'intérêt général pour pouvoir qualifier de service public. Cette notion est cependant suffisamment floue pour ne pas permettre de déterminer précisément sa frontière.

Ceci ne signifie pas que la jurisprudence n'a aucun intérêt dans le processus de recherche de solutions – ou que l'analyse économique nie l'intérêt de cette analyse – mais uniquement que la jurisprudence ne peut, à elle seule, fournir une solution juridique unique, ce qui laisse donc la possibilité d'une analyse économique du droit¹⁹⁵⁸. Elle permet, éventuellement, d'identifier un sous-ensemble de solutions dont la frontière est floue et évolue avec l'intégration de nouvelles jurisprudences¹⁹⁵⁹, notamment à l'aide des catégories que ces dernières dégagent. Le postulat de cohérence étant une nécessité à la possibilité d'une analyse du droit (il joue le même rôle méthodologique que le postulat de rationalité) et d'une analyse économique du droit (comment s'attendre à ce que les gens réagissent au droit si le droit est radicalement imprévisible ?), il conduit à exclure (ou plus précisément à contraindre ou à rendre moins probable) certaines possibilités d'interprétation des logiques sous-jacentes à la jurisprudence. Sous cet angle, la différence entre un cas simple et un cas difficile pourrait être assimilée au « volume » (multidimensionnel) du sous-ensemble des solutions possibles pour un même cas¹⁹⁶⁰.

Notons que la complétude (et donc la cohérence) du système n'est pas souhaitable et ne pourra jamais être démontrée. En effet, le droit ne pourrait plus s'adapter aux circonstances et deviendrait beaucoup plus rigide puisque l'introduction d'une norme à un endroit du système bouleverserait au moins un sous-ensemble des normes du système pour en maintenir la cohérence. L'impossibilité de démontrer la complétude du système vient de l'impossibilité de la connaissance du droit « futur » et donc de la limitation du nombre des jurisprudences à partir

¹⁹⁵⁸ A la limite, même si la solution juridique « découlait » de la jurisprudence, il serait toujours possible de s'interroger sur la raison d'une telle possibilité. Le juge ne respecte la jurisprudence qu'en raison de contraintes qui pèsent sur sa prise de décision. La jurisprudence n'est donc qu'un des paramètres qu'il prendra en compte et la force de ce paramètre résidera dans la croyance relative en cette force.

¹⁹⁵⁹ Il est préférable de ne pas considérer la frontière dans le cadre d'un espace en deux dimensions mais plutôt dans un espace multidimensionnel. La décision des juges ne se réalise en effet pas sur une seule dimension et chaque jurisprudence ne vise pas un problème spécifique mais un ensemble de problèmes (par exemple, une jurisprudence permet de donner une solution à un cas d'espèce, de renforcer ou d'affaiblir des méthodes d'interprétation des textes, des faits, des « politiques » jurisprudentielles, etc.).

¹⁹⁶⁰ Dans la seconde partie de cette thèse, nous soulignerons que l'analyse juridique, elle aussi, peut être perçue sous l'angle d'un code et que cette idée de codage permet de mieux saisir les apports, mais aussi les différences, entre l'analyse juridique et l'analyse économique.

desquelles il sera possible de raisonner. Cette complétude est par ailleurs délicate à justifier puisque la probabilité que le juge soit effectivement contraint par le système à être parfaitement cohérent est relativement faible. Autrement dit, nous disposons d'un modèle de décision susceptible d'expliquer l'incomplétude, et ce modèle semble plus réaliste que le modèle dans lequel la complétude serait assurée puisqu'alors les préférences du juges n'auraient, en pratique, aucun impact, tant les contraintes du système seraient « puissantes ».

Le droit est avant tout une idée de droit. La jurisprudence n'est pertinente que parce qu'elle fournit une idée abstraite de ce qui pourrait être considéré comme du droit et cette idée guide le juge, en raison des contraintes du système. Néanmoins, cette idée reste trop floue pour « imposer » une solution, si bien que le juge conserve une certaine liberté de choix dans la prise de décision.

b. Les problèmes liés aux recours aux textes

Lorsque le droit est écrit, l'étape d'induction à partir de cas d'espèce disparaît pour laisser place, théoriquement, à l'étape de déduction : *un choix est déjà fait dans la verbalisation de la norme*. La formulation de la norme est présente directement, et donc les catégories à partir desquelles il faudra raisonner n'ont pas à être recherchées, si nous considérons que le juge se doit de respecter ce droit écrit (mais sans cela le droit écrit n'aurait aucun intérêt puisqu'il ne pourrait pas influencer le comportement des agents de façon efficiente) et que le législateur est un minimum cohérent dans la construction des catégories¹⁹⁶¹. Par rapport à de la jurisprudence, il est possible d'espérer que la formulation directe des règles à appliquer conduise à une plus grande prévisibilité dans la décision des juges : autrement dit, en soumettant un problème juridique à plusieurs juges, les réponses devraient être, si ce n'est identiques, au moins proches.

Ceci ne permet pas de dégager une solution juridique unique à tout problème juridique en analysant simplement les textes et leurs liens (sans cela, il n'existerait aucun procès si les individus étaient rationnels). *Il n'existe aucun outil d'interprétation des textes susceptible de conduire à une interprétation*

¹⁹⁶¹ Ceci n'est cependant pas toujours le cas, Posner note ainsi que présumer d'une trop grande cohérence n'est pas réaliste : « *I have long criticized as manifestly unrealistic the principle that the reader of a statute or contract or other legal rule or instrument should assume that every meaning was placed there for a purpose* » (Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 480). Remettre en cause le postulat de cohérence pose néanmoins des difficultés puisqu'il sera nécessaire d'identifier les « approximations » pour « interpréter ». Ceci donne alors une très grande latitude dans l'interprétation. La gestion du double problème du sens qu'une telle logique implique est extrêmement délicate et c'est pour cela que l'analyse économique du droit vise une approche fonctionnelle et non une approche strictement procédurale du droit.

objective¹⁹⁶² car il existe une césure entre le monde du droit (monde où l'on pratique le jeu des catégories) et le monde réel (qui a besoin d'être traduit pour entrer dans le monde du droit). Le pont entre les deux mondes n'est que le produit d'une subjectivité, l'accès au sens étant, par définition, une interprétation. Il n'existe d'ailleurs pas de méta-théorie de l'interprétation permettant de déterminer quelle est l'interprétation objective ; il n'existe aucun moyen de « démontrer » (au sens fort) qu'une interprétation est une bonne interprétation et il existe toujours un risque de « sur-interprétation »¹⁹⁶³ (ce qui complexifie encore davantage le problème). Si nous prenons par exemple l'idée d'un droit à la liberté d'expression, la simple formulation de cette règle ne permet pas d'identifier un contenu précis de ce droit. Il suffit de comparer l'interprétation de ce « droit » aux Etats-Unis et en France.

Par ailleurs, il serait inefficace de constituer des règles trop « précises » (en définissant par exemple ce que recouvre le droit à la liberté d'expression) qui permettraient, dans une certaine mesure et sans y arriver totalement, de réduire l'espace des possibles de l'interprétation. En effet, la formulation de telles règles, ainsi que leur apprentissage et leur gestion par les autorités, seraient extrêmement coûteux, si bien que le flou dans le sens serait compensé par les bénéfices de celui-ci¹⁹⁶⁴. L'analyse économique du droit se positionne d'ailleurs comme une méthode de résolution des difficultés dans de tels cas : elle permettrait de « trancher », par exemple, entre ce qui serait de la liberté d'expression et ce qui n'en serait pas.

Il faut ensuite ajouter les difficultés potentielles dans l'articulation des catégories en raison de la « verbalisation » des règles (le cas typique serait l'articulation entre le principe de continuité du service public et le droit de grève ; ou encore le droit à la liberté d'expression et le droit à la tranquillité). Si le vocabulaire employé conduit à l'utilisation des mêmes catégories, ces problèmes peuvent être réduits facilement. Si les catégorisations sont différentes, des complications peuvent

¹⁹⁶² Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987*, op cit, p 773. Nous n'insisterons pas spécifiquement sur ce résultat qui est aujourd'hui presque trivial en théorie du droit et qui dépasse les objectifs de notre démonstration. Pour Posner : « *The problem of interpretation, after all, is not that people don't know how to read carefully and with due allowance for cultural distance ; the problem is that there are no techniques for generating objective interpretations of difficult texts* » (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 298); voir aussi Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 480. Notre position est un peu plus radicale que celle de Posner puisque nous raisonnons en termes d'espace des possibles et que nous ne considérons pas que la difficulté d'un texte soit une propriété objective du texte.

¹⁹⁶³ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 110

¹⁹⁶⁴ Pour des études de ces questions, voir notamment Colin Diver, *The Optimality of Administrative Rules*, 1983, *Yale Law Journal*, vol 93, pp 65-110 ; Louis Kaplow, *The Optimal Complexity of Legal Rules*, op cit (ce dernier article constitue l'article de référence en la matière, même si l'analyse économique du droit, dans sa globalité, n'en tient pas réellement compte dans la construction des modèles). Voir aussi Isaac Ehrlich et Richard Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 1974, *Journal of Legal Studies*, vol 3, pp 257-286.

survenir¹⁹⁶⁵ (et imposer un passage par le réel pour justifier des re-catégorisations). Néanmoins, si les praticiens sont aussi des « techniciens » et si le législateur n'est pas trop « incohérent »¹⁹⁶⁶, le jeu de l'articulation des catégories prêtera beaucoup moins à confusion. Il existe cependant un coût non négligeable à la préservation de la cohérence des catégories dès la formulation des règles (et bien souvent cette cohérence est « présumée » pour lui donner sens). Ceci a conduit à dégager des règles d'interprétation « juridiques » (méta-règles produites par le système et intégrées dans le système) en ce qui concerne les re-catégorisations¹⁹⁶⁷, notamment la fameuse règle selon laquelle *lex posterior derogat priori* (pour des problèmes de re-catégorisation dans le temps) ou encore *specialia generalibus derogant* (pour des problèmes de re-catégorisation dans l'espace¹⁹⁶⁸).

Le sens étant une tache en raison du caractère abstrait de la règle et de la polysémie du langage, la probabilité que deux tâches se touchent est forte (pensons aux « arbitrages » entre les libertés publiques ou entre les normes de rang constitutionnel), et lorsque deux tâches se touchent, il s'agira de dissiper le brouillard en utilisant des « méta-règles » (souvent non précisées d'ailleurs). Or, ces méta-règles ne peuvent pas directement ressortir de l'interprétation des règles juridiques (qui justement ont conduit à l'identification d'une première difficulté) ou de l'induction de méta-règles à partir des textes existants (pour les mêmes raisons que pour la jurisprudence) ; nous retrouvons ici, par exemple, le raisonnement par analogie qui vise à rendre captif par une catégorie un comportement réel, mais qui ne garantit pas qu'une seule analogie soit possible (et si deux analogies sont possibles, le choix ne dépend plus uniquement de règles « juridiques »). L'analyse économique du droit se présente comme une méta-règle possible et plus « objective » (car axiomatisée) que les autres méta-règles puisqu'elle s'intéresse avant tout aux faits et aux conséquences factuelles.

¹⁹⁶⁵ Ces problèmes peuvent par exemple survenir dans l'articulation entre les différents droits. Le droit commercial peut catégoriser les activités d'une façon différente que le droit administratif, si bien que, par exemple, la possibilité d'étendre le droit de la concurrence aux services publics administratifs a pu se poser (et si le problème se pose, c'est que la solution n'est pas évidente). Il serait aussi possible d'évoquer les difficultés liées aux catégorisations utilisées par les traités européens et les catégorisations utilisées par le droit français. La solution réside dans la recatégorisation des règles « étrangères » avec les catégories « internes », ce qui demande un passage par le réel.

¹⁹⁶⁶ Cette incohérence étant construite par l'interprétation elle-même.

¹⁹⁶⁷ Ceci ne signifie cependant pas que les règles d'interprétation qui émergent du droit permettent nécessairement de simplifier les difficultés, surtout celles qui ne sont pas relatives au jeu entre les catégories mais au passage entre la catégorie et le réel (par exemple « la loi cesse là où cessent ses motifs »). Ici, nous nous intéressons aux re-catégorisations qui ne demandent pas un passage par le réel.

¹⁹⁶⁸ Même si l'interprétation de ce qui est général et de ce qui est spécial peut poser des difficultés puisqu'on suppose tout de même une certaine unité pour que le spécial soit inclus dans le général. Nous sommes ici à la limite entre la re-catégorisation sans passage par le réel et la recatégorisation avec passage par le réel.

L'indétermination ne peut cependant être radicale pour l'analyse économique du droit, car alors la verbalisation des règles juridiques n'aurait aucun intérêt. Agir sur le droit pour modifier les comportements des individus, présuppose la capacité des individus à « comprendre » le texte. Cette compréhension ne converge pas nécessairement vers un sens unique mais vers un espace des sens possibles (d'où la représentation en termes de tâches)¹⁹⁶⁹. Cette dimension a déjà été appréhendée lorsque nous avons signalé l'impératif, relatif, de clarté des règles de droit. Posner précise ainsi que « *If judges did not generally interpret contracts and statutes in accordance with the ordinary meaning of the sentences appearing in those texts, certainty of legal obligation would be seriously undermined* »¹⁹⁷⁰. Sous cet angle, l'analyse économique ne nie donc pas la valeur des textes, elle nie simplement leur capacité absolue à résoudre un cas concret¹⁹⁷¹. Autrement dit, *la détermination du sens (unique) est un acte de volonté et non un acte de connaissance*¹⁹⁷², même s'il souhaite garder l'apparence d'un acte de connaissance. La rhétorique peut alors être réintégrée dans le droit.

Le droit comme activité tient donc compte du droit comme matériau¹⁹⁷³ en raison des contraintes systémiques « posées » par le système juridique¹⁹⁷⁴. Le texte devient une contrainte pour le juge

¹⁹⁶⁹ Il serait aussi possible, par commodité, d'imaginer une courbe en cloche sur un espace à deux dimensions. Cette courbe représenterait la probabilité que le sens soit considéré comme un sens juridique. Cette courbe évolue naturellement avec la jurisprudence. Ceci signifie donc que le comportement optimal est inatteignable via les règles juridiques dans la mesure où celles-ci définissent un comportement optimal « pluriel » (un ensemble de comportements considérés comme optimaux). L'arbitrage entre efficacité du comportement souhaité par la règle et coûts de création et de gestion de la règle est alors nécessaire.

¹⁹⁷⁰ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 62. Pour Posner, le sens peut donc être conçu comme une sorte d'équilibre spéculaire: *le sens est formé par les anticipations sur la construction du sens...* et dans ce cas, la croyance dans l'existence d'un sens permet de faciliter la « validité » de cet équilibre. Cette dernière question est d'ailleurs soulevée par Posner et pourrait s'intégrer assez facilement dans la logique des contraintes structurelles. Posner explique ainsi: « *The more one thinks about interpretation in general, the farther away one is carried from the important question concerning statutory interpretation, which is political rather than epistemic: how free should judges feel themselves to be from the fetters of text and legislative intent in applying statutes and the Constitution?* » (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 271). Nous retrouvons, d'une façon moins « travaillée », la conception d'un Wittgenstein (surtout sur l'idée de sens comme construction via une intersubjectivité).

¹⁹⁷¹ Ceci pose, indirectement, la question du domaine de validité de l'analyse économique du droit, normative notamment. Cette question sera abordée dans la seconde partie de notre thèse.

¹⁹⁷² Cette idée se retrouve, formulée différemment, dans Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 392 (l'auteur évoque plutôt l'idée de création et l'idée de contemplation. Il réaffirme aussi l'idée qu'il semblerait que les « lois » laissent moins de libertés aux juges que les jurisprudences).

¹⁹⁷³ même si le droit comme matériau correspond, sous l'angle de l'analyse économique du droit, à tout ce qui peut influencer le droit comme activité avec une probabilité non négligeable et non uniquement le « droit positif ».

¹⁹⁷⁴ Notre analyse du problème est différente de celle présentée par Deffains et Ferey (Bruno Deffains et Samuel Ferey, *Théorie du Droit et Analyse Economique*, 2007, *Droits*, vol 45, pp 223-254) dans la mesure où il nous semble que l'analyse économique du droit, pour Posner (et pour une majorité des praticiens de l'analyse économique du droit) ne vient qu'aider l'interprétation juridique et qu'elle n'est pas parfaitement autonome en la matière, en raison des contraintes systémiques qui conduisent à un

car il délimite (dans le flou) l'espace de liberté du juge en même temps qu'il lui permet de rejoindre cet espace ou certains points de cet espace.

Si ce problème est une des bases de la justification de l'analyse économique du droit, il n'est que très rarement pris en compte dans les modèles d'analyse économique du droit qui analysent la règle dans l'abstrait lorsqu'ils modélisent : le problème du sens n'est donc pas analysé, la règle étant présumée claire. L'intégration d'un flou dans la signification de la règle est en effet difficile à manier mathématiquement et difficile à modéliser de façon satisfaisante (seule l'idée de courbe en cloche qui permet d'utiliser des outils statistiques comme la loi de Poisson peut permettre une certaine intégration de ces problématiques). Cette intégration conduirait d'ailleurs à faire perdre une certaine puissance au raisonnement économique en complexifiant trop l'analyse. Elle pousserait aussi à adopter plutôt une logique de rationalité limitée (au sens de Simon et non au sens d'une super rationalité qui optimise aussi l'acquisition d'informations comme dans la logique de Stigler) et notamment l'idée de « satisfaction » beaucoup plus délicate à mathématiser que l'idée d'optimisation.

c. Les problèmes liés au recours à « la volonté du législateur »

Comme la formulation du texte laisse nécessairement des zones d'ombres, le recours à la volonté du législateur est parfois invoqué. *En s'appuyant sur les travaux du législateur, il serait possible de faire émerger une « tache de sens » moins étendue que celle obtenue par une interprétation littérale du texte.* Par exemple, dans le cas de la liberté d'expression, il serait possible de rechercher ce que le législateur « voulait vraiment » et ces indications permettraient de circonscrire un espace de sens moins étendu.

Ce recours trahit l'idée d'un juge idéalisé, parfaitement contraint par le droit et sans liberté de choix, et d'un droit « déterministe ». Il valorise aussi une certaine conception de la démocratie et du rôle du législateur¹⁹⁷⁵. Il met l'accent, comme les autres méthodes d'interprétation du droit, sur la cohérence avec le passé plus que sur l'adaptation à l'environnement. Il pourrait donc constituer

repect relatif des pratiques interprétatives « classiques ». Si l'analyse économique codifie le droit d'une nouvelle façon, elle reste pratiquement soumise, au moins pour partie, à une interprétation « juridique ». Elle ne joue son rôle pratique qu'une fois une première délimitation de l'espace des possibles réalisée. Nous reviendrons sur ce point par la suite lorsque nous nous intéresserons au « domaine » de l'analyse économique du droit. Signalons l'argument formulé par Posner (qui par ailleurs va dans notre sens) : « *Just as games would fall apart if umpires had discretion whether or not to enforce the rules, the legal system would fall apart if « scorer's discretion » were allowed to judges* » (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 92)

¹⁹⁷⁵ Vouloir que la volonté du législateur soit respectée, c'est supposer que cette volonté est importante, point sur lequel nous reviendrons.

une contrainte supplémentaire pour les juges dès lors que le système valorise la volonté du législateur et que cette volonté est identifiable (comme volonté univoque) et déterminable (dans son contenu). Comme contrainte, ce recours ne permet cependant pas de déterminer le sens unique et laisse à l'analyse économique du droit un espace d'expression.

Cette « méthode » ne fait que repousser les difficultés, voire même en ajoute. Tout d'abord vouloir se fonder sur la volonté du législateur, c'est présumer de l'existence d'une telle volonté (et en un sens du mythe de la « volonté générale » exprimée par les lois). Si nous acceptons que les « politiques » se comportent comme des individus ordinaires et cherchent à satisfaire leurs préférences, un texte résulte moins d'une volonté-univoque que d'une volonté-compromis, si bien que la formulation « floue » traduit le compromis¹⁹⁷⁶ laissant au juge le soin de « l'interpréter ». Parfois le flou est créé à dessein afin que le législateur puisse « rejeter » les conséquences politiques d'une règle sur « l'interprétation » des juges, ou simplement en raison de la nécessité politique de prendre une mesure, même creuse, pour ne pas paraître « inactif ». La mesure peut aussi être laissée volontairement floue car le législateur, connaissant le fonctionnement des juges, a souhaité leur laisser un certain pouvoir d'appréciation pour permettre au droit de s'adapter « de lui-même » sans recourir nécessairement à des modifications législatives plus lentes et plus coûteuses (dans ce cas, la volonté du législateur n'est d'aucune utilité, sauf à rechercher le comportement anticipé du fonctionnement des juges). Une mesure peut néanmoins traduire une volonté unanime de tendre vers un objectif, sans que la formulation de ces mesures indique « clairement » cet objectif. Dans ce cas, le recours à la volonté du législateur permettrait de réduire l'espace des sens possibles en préservant la spécialisation des fonctions entre le juge et le législateur. Néanmoins, sans contrainte systémique, rien ne poussera le juge à respecter « la volonté » du législateur qui, de toute façon, sera trop abstraite pour conduire à une « unité » de sens.

Par ailleurs, recourir à la volonté du législateur revient à supposer qu'elle est déterminable de façon relativement objective. Sans cette possibilité de détermination, invoquer la « volonté » du législateur n'est qu'un moyen habile pour le juge de se positionner comme « contraint » ; si rien ne permet de « déterminer » cette contrainte, celle-ci disparaît¹⁹⁷⁷. Plusieurs méthodes de

¹⁹⁷⁶ Ce point est d'ailleurs signalé par Posner (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, pp 276-277).

¹⁹⁷⁷ Dans un tel cas, seule l'approche textuelle peut constituer une véritable contrainte et, rapidement, la norme disposera d'une vie propre. Il suffit de penser à l'histoire de l'alinéa 1 de l'article 1384 du code civil. Notons que trop de contraintes sur le juge risquent de conduire à une inefficience du droit car celui-ci sera moins adaptable. L'obligation de recours systématique au législateur peut être extrêmement coûteuse, si bien qu'une part de flou est nécessaire à un droit efficient. Quelques développements sur cette question apparaîtront à la fin de cette sous partie.

« révélation » de cette volonté sont envisageables mais s'avèrent toutes imparfaites : identifier cette volonté est tout aussi délicat qu'identifier les principes structurant des jurisprudences. Certains indices peuvent être présents mais il est impossible de disposer d'une image parfaite.

La première méthode consiste à interroger directement les législateurs à l'origine de la mesure, lorsque ces derniers sont encore vivants. Rien n'indique cependant que la volonté attribuée par l'un des législateurs reflète fidèlement « la volonté » du législateur de l'époque, notamment lorsqu'un temps certain s'est écoulé depuis que la mesure a été prise. En attribuant une volonté, il sera possible de remettre en cause l'équilibre qui a présidé à l'adoption de la règle¹⁹⁷⁸. Il semble alors souhaitable de ne pas se référer à un seul législateur mais à plusieurs. Néanmoins, dès lors que la volonté interprétée par les législateurs de l'époque n'est pas strictement identique, un choix devra être réalisé et ce choix ne pourra pas se fonder sur cette « volonté » (puisque justement elle n'est pas identifiable sans ambiguïté).

La deuxième méthode vise, par un jeu mental, à se mettre à la place du législateur. Cette solution est une des seules possibles lorsque le législateur est « mort ». Cette solution n'est pas « viable », notamment car le juge doit s'imaginer comme « un composite de législateurs » et non comme un législateur spécifique¹⁹⁷⁹. Cette tâche se révèle rapidement impossible si nous prenons en compte le fait que le juge n'a ni la même formation, ni la même approche des problèmes, ni la même expérience, etc. que « le législateur ». Demander au juge de rechercher la volonté du législateur dans une telle situation relève de la gageure. Par ailleurs, que doit-il rechercher ? La volonté du législateur à l'époque de la création de la norme, ou la volonté du législateur relative au but actuel de la règle s'il disposait des éléments nouveaux fournis par l'expérience du fonctionnement de la règle. Plus encore, rien ne permet de vérifier l'interprétation que donnera le juge de la volonté du législateur si cette recherche lui est imposée¹⁹⁸⁰. Le juge sera contraint dans la forme de ses arguments – il devra se référer à cette volonté – mais non dans sa substance. Le droit crée une nouvelle catégorie (plus précisément une méta-catégorie) susceptible de « légitimer » le positionnement du juge.

La troisième solution conduit à analyser les « travaux préparatoires » et permet de boucler le cercle quant au droit tangible. En effet, analyser des travaux préparatoires pour rechercher une

¹⁹⁷⁸ Ce point est par exemple souligné par Posner (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 270, spécialement note 13 dans laquelle Posner indique qu'en Californie il est possible de demander le témoignage des législateurs en ce qui concerne l'objectif recherché par le texte).

¹⁹⁷⁹ Par exemple Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 276

¹⁹⁸⁰ Ce problème a souvent été développé par Posner, notamment ce qui concerne l'interprétation originaliste de la constitution. Voir par exemple Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, pp 237-255 (sur la doctrine constitutionnel de Bork)

volonté est sensiblement équivalent, et tout aussi vain, que rechercher les principes ayant présidés à l'adoption d'une jurisprudence. *La volonté de circonscrire le sens se transforme en une contrainte d'argumentation liée à l'utilisation de la catégorie.* Par ailleurs, ces documents préparatoires doivent être accessibles (et pas aux seuls juges, sans quoi leur travail ne pourrait pas être évalué), « fidèles » à ce qui a été avancé et « complets » (disposer d'un débat de l'Assemblée nationale ne permet pas de saisir l'ensemble des discussions préalables au débat). Enfin, nous retombons sur la difficulté de la « démonstrabilité » (ou réfutabilité qui pourrait constituer une forme de démonstration par défaut) de la pertinence de l'interprétation.

Recourir à la volonté du législateur, c'est présumer que celle-ci est importante et nous retrouvons ici des arguments plus « politiques » que strictement juridiques. Il serait ainsi possible d'évoquer le respect de la séparation des pouvoirs (le juge doit respecter l'œuvre du législateur, mais dans ce cas faut-il considérer que l'œuvre s'autonomise en entrant dans le droit ou que l'œuvre reste effectivement liée à son auteur ?), voire même l'idée de démocratie (comment des juges pourraient-ils aller au-delà de ce que souhaitaient les représentants de la souveraineté, n'est-ce pas une confiscation de cette souveraineté, un « gouvernement des juges » ?¹⁹⁸¹) ou de cohérence systémique (même si alors le législateur serait conduit à être plus précis dans le vocabulaire qu'il emploie, ce qui ne semble pas « catastrophique » en première analyse¹⁹⁸²). Plus économiquement, l'idée de l'asymétrie d'informations entre le juge et le législateur pourrait conduire le premier à respecter, ou non, l'œuvre du législateur (le problème de ce que recouvre cette dernière expression n'étant pas résolu).

Ces éléments ont certainement de l'importance pour la structure argumentative mais la nécessité d'un tel recours est bien souvent laissée à l'appréciation des juges eux-mêmes (il suffit de penser à la théorie de l'acte clair) qui arbitreront entre ses avantages et ses inconvénients. Parmi ces derniers, le coût de l'identification de la volonté n'est pas négligeable de même que les dangers en ce qui concerne la flexibilité du droit (le juge n'ayant pas la possibilité d'adapter le texte aux besoins si la volonté du législateur reconstruite ne semble pas aller dans ce sens ; une nouvelle fois, l'histoire de l'article 1384 du code civil illustre parfaitement cette idée) si bien que le recours systématique à la volonté du législateur ne serait pas efficient, d'autant plus que la contrainte est mise de côté par la marge d'appréciation que laisse l'interprétation de cette volonté... qui, en tout état de cause, n'est ni démontrable, ni réfutable « scientifiquement ».

¹⁹⁸¹ Dans les termes de Posner : « *Being unelected legislators, they are bound to proceed modestly if they conceive their « creative » decisions to be legislative* » (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 92)

¹⁹⁸² Si nous poussons le raisonnement, plus le vocabulaire est précis, plus la possibilité de lacunes augmente, toutes choses égales par ailleurs. Il s'agit donc de déterminer un niveau optimal d'abstraction.

Les méthodes d'interprétation du droit positif ne contiennent donc pas les solutions à l'ensemble des problèmes juridiques et laissent toujours une marge d'appréciation au juge. Plus précisément, si ces méthodes permettent de délimiter un espace, le choix qui sera réalisé par le juge n'est pas « démontrable »¹⁹⁸³ à partir de ces éléments, mais dépendra d'éléments « extra-juridiques » (si nous limitons le droit à du droit tangible ; si le droit est perçu comme une activité, ces éléments sont des arguments juridiques à proprement parler). Notons que cette conception relative à l'importance du droit positif révèle une conception technique du droit et non une conception du droit comme arbitrage, ce que traduit parfaitement le langdellianisme¹⁹⁸⁴. Ces questions laissent cependant ouvert le problème central de la décision judiciaire : *jusqu'à quel point les juges doivent-ils se sentir contraints par le droit, dans la mesure où ce sentiment influera sur la décision ?* Nous apporterons des réponses partielles et implicites, lorsque nous examinerons l'impact potentiel du raisonnement juridique sur la cohésion sociale et donc la conception du droit¹⁹⁸⁵.

2. Le rejet de la philosophie morale¹⁹⁸⁶

Dès lors que la conception technique du droit n'est pas suffisante, deux options s'ouvrent : soit compléter la conception technique afin de la rendre plus puissante et conserver, d'une certaine manière, l'idée de détermination scientifique du sens du droit (nous retrouvons par exemple l'approche d'un Dworkin ; dans cette perspective, il s'agit de protéger les théories précédentes¹⁹⁸⁷), soit accepter ces insuffisances et basculer dans l'idée de l'arbitrage. Cette dernière option impose de dégager des méta-règles pour résoudre les difficultés si nous souhaitons trouver des méthodes « acceptables » ou au moins « systématiques » de résolution de ces conflits ; ceci traduit déjà certains présupposés en ce qui concerne le droit. Le juge doit être contraint et non libre dans ses

¹⁹⁸³ Et il existe toujours une tendance à considérer qu'en matière de science, la démontrabilité ou la réfutabilité permet de hisser la théorie au rang de « vérité relative » des sciences. Dans le cadre du droit, cette question est d'importance en raison de l'impact de la « manipulation » du droit.

¹⁹⁸⁴ Outre Duxbury, voir par exemple Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 49 « His [Langdell] program of educational reform was explicitly based on the premise that law was a science ».

¹⁹⁸⁵ *Infra*, partie II de cette thèse.

¹⁹⁸⁶ Et même de la théorie du droit (il serait plus exact d'évoquer la philosophie du droit puisque ce qui est critiqué par Posner est avant tout l'utilisation de ces philosophies morales comme fondement de « théories » du droit).

¹⁹⁸⁷ Ceci est parfaitement possible puisque tout dépend des conceptions ontologiques puis épistémologiques. Si l'ontologie précise qu'il y a un « sens unique », c'est la méthode qu'il faut revoir et il n'y a qu'une illusion de l'explosion du sens. Si par contre le sens unique est inexistant dès l'origine, l'explosion du sens est consommée et il s'agit de déterminer comment le juge décide ou devrait décider. On peut cependant douter de la cohérence d'un tel système puisque la complétude d'un système cohérent est un mythe.

décisions. La cohérence du droit est, si ce n'est définitionnelle, au moins un « devoir être » pour le droit, et cette option pousse à rechercher une « légitimité » du droit¹⁹⁸⁸.

Le « replâtrage » de la conception technique peut passer par la précision des règles que le juge doit appliquer lorsqu'il fait face à une difficulté. Il suffit par exemple de penser au code civil suisse dans son article 1 alinéa 2 : « *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* »¹⁹⁸⁹. Néanmoins, cet article ne fait qu'ajouter des catégories dans la mesure où il ne résout pas le problème de l'identification de l'absence d'une disposition légale applicable, de l'identification d'une coutume applicable, ou de la méthodologie à mettre en œuvre pour faire « acte de législateur ». Il serait éventuellement possible d'ajouter de nouvelles « normes » dans le système afin de catégoriser davantage mais, comme le langage du droit n'est pas un langage formel, cela ne ferait qu'obliger le juge à réutiliser ce type de catégorie dans ses décisions sans réellement « définir » de solution. Par ailleurs, le problème du contrôle de la « bonne application » d'une telle mesure est particulièrement délicat alors que, sans résolution de celui-ci, le sens reste largement aux mains des juges.

L'acceptation des insuffisances de l'interprétation du droit tangible (et tout replâtrage conduit à de nouvelles insuffisances et ajoute un coût supplémentaire à l'apprentissage des normes) conduit à se référer à des éléments extérieurs au « droit ». Autrement dit, *la sélection de la catégorie à appliquer à un fait ou l'introduction de nouvelles catégories pour décider d'un cas concret ne dépendent plus « du droit » mais de considérations externes*¹⁹⁹⁰. Dans un tel cas, plusieurs options de justification s'offrent au juge : considérer (ou montrer qu'on considère) que le droit ne laisse pas de choix¹⁹⁹¹ ou justifier que le choix pris est valide juridiquement – dans la mesure où il correspond aux interprétations

¹⁹⁸⁸ Du point de vue de la théorie juridique plus « classique », nous retrouvons par exemple, mais avec une justification légèrement différente, l'idée des justifications de second ordre de MacCormick (Neil MacCormick, *Raisonnement juridique et Théorie du Droit*, [1978] 1996, PUF, Paris, 322 pages, spécialement pp 117-151). L'auteur explique d'ailleurs la logique de ce type de règle : « *S'il devait apparaître que ces règles ne pouvaient être créées qu'arbitrairement, l'idée de « justification » évoquée ici serait bien fragile, et toute notion de rationalité conçue comme guide dans la technique de justification apparaîtrait bien sotte* » (ibid, p 118). Nous montrerons, lorsque nous comparerons le raisonnement juridique et le raisonnement économique, que l'approche en termes de codage permet de résoudre certaines difficultés de ce type.

¹⁹⁸⁹ Le code civil suisse est disponible sur Internet : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/210.fr.pdf>

¹⁹⁹⁰ L'idée de considérations externes suppose qu'ontologiquement il existe une pluralité de sens aux énoncés juridiques. Le choix du sens ne dépendra plus du droit tangible. Même lorsque le droit précise des critères à prendre en compte, la façon d'utiliser ceux-ci dépassera la règle juridique. Il serait d'ailleurs possible de formuler des régressions à l'infini de ce type.

¹⁹⁹¹ Raison pour laquelle dans la jurisprudence française la qualification juridique des faits est présentée comme objective, de même que le choix de la règle à mettre en œuvre.

possibles – mais aussi « fondé » au regard d'autres considérations¹⁹⁹² – ce qui l'oblige néanmoins à développer de nouvelles sous-catégories permettant de déterminer si telle ou telle catégorie est « utilisable », ce qui contraindra, au moins partiellement, son utilisation future. Dans le premier cas, on sauvegarde l'idée que le droit est scientifique (simplement en effaçant le raisonnement antérieur), dans le second on admet que le droit doit « arbitrer » (et on joue « cartes sur table »).

Les raisonnements en analyse économique du droit visent davantage la justification du choix en raison d'un moins grand formalisme dans les catégories « utilisables » (le jeu du droit est moins obscurci par la forêt des catégories et donc plus « maniable » pour notre propos) et c'est donc naturellement qu'ils se sont développés dans les pays de *common law*. Ce moins grand formalisme entraîne de moindres « contraintes » de justification (par les catégories¹⁹⁹³), et ouvre (ou au moins semble ouvrir) un espace de justification beaucoup plus large, c'est à dire un pouvoir discrétionnaire plus vaste (puisque les règles semblent plus « flexibles »¹⁹⁹⁴).

Posner souhaite discréditer l'utilisation de la philosophie morale et même attaquer la théorie du droit comme outils pertinents pour la sélection des solutions par le juge alors que ces méthodes restent « puissantes » au sein des facultés de droit. Elles ne permettraient pas, en effet, de résoudre des cas de façon précise et démontrable, et ne fourniraient pas des outils permettant de sélectionner systématiquement une « bonne solution ». Pour reprendre Posner, « *it is deflecting academic lawyers from their vital role [...] of generating the knowledge that the judges and other practical professionals require if they are to maximize the social utility of law* »¹⁹⁹⁵.

L'enjeu n'est autre que la valeur normative de l'analyse économique du droit, qui repose sur l'idée de l'utilité sociale (définie économiquement) mais qui est justifiée, ici, de façon méthodologique et non plus « éthique ». C'est ce dernier point qui nous intéressera : *la critique de Posner est avant tout celle de l'absence de « déterminabilité » du droit si les outils de la philosophie sont utilisés* (car la philosophie n'est pas une science). La méthode est discréditée car elle n'est pas procéduralement satisfaisante (et non parce qu'elle ne conduit pas aux bonnes solutions au regard d'une méta-théorie). Le modèle scientifique véhiculé par une partie de l'analyse économique du droit émerge alors. Cette

¹⁹⁹² Cette stratégie est évidemment bien plus utilisée dans les pays de *common law* dont les décisions sont souvent beaucoup plus explicites et dont la logique vise à résoudre un conflit.

¹⁹⁹³ Toutes choses égales par ailleurs, la nécessité de se référer à un système de catégories limite normalement le champ des interprétations possibles. Une trop grande variété de catégories peut cependant avoir l'effet inverse puisqu'alors la probabilité d'inconsistances dans le système sera plus forte et que les « limites » de sens seront plus délicates à déterminer.

¹⁹⁹⁴ Nous reviendrons sur ce point lorsque nous examinerons le domaine de l'analyse économique du droit et plus spécialement la validité de ce type de raisonnement selon la nature du droit.

¹⁹⁹⁵ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p xi

approche est une réponse « *to the challenge of modernity, with its rationalizing trend* »¹⁹⁹⁶ posé au droit, et c'est sous cet angle que l'analyse économique du droit doit être approchée.

Nous ne reviendrons pas ici sur la conception de la philosophie morale rejetée par Posner, et qui est particulièrement étroite¹⁹⁹⁷. Cette conception irrigue cependant les raisonnements de Posner. Nous nous intéresserons aux raisons du rejet dans la mesure où la théorie du droit de Posner se construit (ou est censée se construire) relativement aux « déficiences » identifiées, et que l'analyse économique du droit prend une nouvelle coloration lorsqu'elle est examinée sous cette perspective. Nous ne nous intéresserons donc pas à la validité des critiques relativement à une théorie, mais aux critiques elles-mêmes qui ont l'avantage d'être explicites dans l'œuvre de Posner. Tous les praticiens de l'analyse économique du droit ne partagent pas la conception du professeur de Chicago sur la philosophie morale ; cette conception et ces critiques restent, pour la plupart, « latentes » puisqu'elles permettent de « singulariser » l'analyse économique du droit. Ces critiques ne sont valables qu'en raison du modèle de décision valorisé par Posner et rien n'indique que les éléments qu'il souhaite valoriser pour déterminer « une bonne solution » ne sont pas « erronés » (au regard d'une théorie différente de celle promue par l'analyse économique du droit).

La première critique formulée à l'encontre de la philosophie morale touche au caractère indéterminé de son vocabulaire ce qui conduit alors à une discussion interminable¹⁹⁹⁸. Non seulement la philosophie morale n'utilise pas un langage formel (et donc en pratique ne peut être parfaitement assimilée¹⁹⁹⁹) ce qui permettrait par des jeux de déductions de déterminer la solution au problème posé (premier niveau de discussion²⁰⁰⁰), mais encore cette philosophie est plurielle²⁰⁰¹

¹⁹⁹⁶ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p xi

¹⁹⁹⁷ Ce point est noté par la plupart des commentateurs. Si nous partageons leur avis, nous n'exposerons pas dans le détail l'ensemble de la théorie de Posner pour nous concentrer uniquement sur certains points. Sur les limites de la définition de Posner, voir par exemple, Frank Ravitch, Can Old Dog Learn New Tricks? A Nonfoundationalist Analysis of Richard Posner's *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 2002, *Tulsa Law Review*, vol 37, pp 967-984 (spécialement p 968 : « *Posner's definition of moral theory, redefined as academic moralism, is almost comically oversimplified* »); ou encore Brian Butler, Posner's Problem With Moral Philosophy, 2000, *University of Chicago Law School Roundtable*, vol 7, pp 325-343 (par exemple p 327). Les mêmes critiques pourraient être aussi adressées à l'approche de Kaplow et Shavell (Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit, spécialement pp 39-40).

¹⁹⁹⁸ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 53 : « *Every move in normative moral argument can be checked by a countermove. The Discourse of moral theory is interminable because it is indeterminate* »

¹⁹⁹⁹ Ce qui peut poser des difficultés de cohérence.

²⁰⁰⁰ Et nous retrouvons alors le problème de l'interprétation classique et la possibilité de faire émerger un espace des sens qui ne comprend pas qu'un seul élément.

ce qui pose le problème de l'accord sur les valeurs afin de pouvoir déduire une solution (second niveau de discussion). *Il n'existe pas une méta-théorie des valeurs « unique » permettant de réaliser des choix dans les valeurs à promouvoir car cette méta-théorie ne serait qu'une théorie particulière des valeurs*²⁰⁰² (et que notre théorie des valeurs influe sur nos perceptions concernant la théorie des valeurs ; il n'existe donc pas de point de vue objectif²⁰⁰³). Dès lors, l'accord sur le système de référence pose déjà des difficultés (lorsque le problème de la nécessité d'un accord n'est pas écarté, comme il l'est bien souvent en droit), et la résolution d'un conflit de structuration entre valeurs morales (en supposant que ces structurations permettent de dégager une solution non ambiguë) ne peut se réaliser à l'aide d'une procédure « neutre » ou au moins acceptable et démontrable²⁰⁰⁴. Dans les mots de Posner, « *Because there are no techniques for forging consensus on the premises of moral inquiry and the means of deriving and testing specific moral propositions, moral dilemmas are disputes about ends, whereas fruitful deliberation, the sort of reasoning that moves the ball down the field, is deliberation over means* »²⁰⁰⁵. Il est par exemple douteux qu'un raisonnement en termes de philosophie morale puisse trancher de façon « déductive » la question de l'acceptabilité de la « peine de mort » en général ou dans un cas précis (par exemple le viol d'enfants²⁰⁰⁶). *La philosophie morale ne permet donc pas de résoudre, de façon*

²⁰⁰¹ Posner rejette toute forme de possibilité objective de trouver une morale universelle (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 10 pour une critique ontologique, op cit, p 63 pour un point de vue plus épistémologique : « *really existing moral universals are useless if they are unknowable* »). Néanmoins sa position n'est pas nihiliste pour autant (*infra*).

²⁰⁰² Par ailleurs, plus nous passons au niveau méta plus le risque d'indéterminabilité est fort en raison même de l'abstraction.

²⁰⁰³ Même si les capacités de réflexivité peuvent être employées pour tendre vers cet objectif. Nous retrouvons l'idée d'espace communicationnel de Habermas, nécessairement critiqué par une telle théorie (voir par exemple Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, pp 98-107).

²⁰⁰⁴ Comme la philosophie morale s'avère être principalement multidimensionnelle (il suffit de penser à l'approche aristotélicienne en matière de rationalité pratique), la démontrabilité peut se révéler inatteignable. Plus encore pour Posner, la discussion morale tend à éloigner les individus (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 64). Notons que ce besoin de démontrabilité n'est pas « justifié » scientifiquement, il fait partie de la définition de la science.

²⁰⁰⁵ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 63

²⁰⁰⁶ Pour reprendre à un problème récent auquel a dû se confronter la Cour Suprême des Etats-Unis (Cour Suprême des Etats-Unis, *Kennedy v. Louisiana*, No. 07-343, 25 juin 2008, 66 pages. La décision est disponible sur <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf>). De façon intéressante (p 40) un argument d'analyse économique a été avancé puis critiqué par Alito (p 63). Ce dernier exemple illustre une étude empirique selon laquelle les partisans de la peine de mort continueraient à valoriser cette sanction même s'il était prouvé qu'elle était inutile (voir sur ce point Tom Tyler et Renée Weber, Support for Death Penalty ; Instrumental Response to Crime or Symbolic Attitude, 1982, *Law and Society Review*, vol 17, pp 21-45, par exemple p 26 et p 43 ; Phoebe Ellsworth et Lee Ross, Public Opinion and Capital Punishment : A Close Examination of the Views of Abolitionists and Retentionists, 1983, *Crime and Delinquency*, vol 29, pp 116-169). Ceci correspond à une opposition fondamentale en termes de valeurs et non en termes de faits.

rationnelle, les difficultés posées par certains cas juridiques pratiques²⁰⁰⁷ et Posner en conclut, un peu hâtivement, que la philosophie morale est inutile pour identifier une solution juridique car la philosophie morale ne peut pas conduire à une solution « parfaite » (susceptible de faire l'objet d'un consensus parfait).

Le problème principal de la philosophie morale, et qui constitue la deuxième critique, provient de son manque – et de l'absence de possibilité – de fondations empiriques (et donc scientifiques dans la logique de Posner) qui pourraient permettre, éventuellement, de discriminer entre différentes philosophies²⁰⁰⁸. *Elle reste mystique là où le droit devrait être rationnel*. Posner en appelle même à l'idée wébérienne « désenchantement du monde »²⁰⁰⁹. Ce manque d'empirisme lié au recours aux philosophies morales serait d'ailleurs recherché par une partie des praticiens. En effet « *law conceived in scientific terms might have embarrassing transparency, for legal claims might then actually be falsifiable* »²⁰¹⁰.

En se recentrant sur la dimension empirique, le problème des valeurs serait, pense-t-il, réduit à un problème de faits et il semble beaucoup plus plausible de s'accorder sur les faits que sur les valeurs : « *The difference between scientific and moral theory is that the former can overcome opposing intuitions, in most societies anyway, because most people accept the authority of science [...] Science has power to convince skeptics because ordinarily it deals with what can be perceived, though often just with the aid of instruments* »²⁰¹¹. Le problème pourrait ne pas être résolu lorsque les « faits », ou leur(s) interprétation(s), ne pointent pas dans une direction claire si bien que le choix d'une solution redeviendrait « arbitraire » (dans l'espace de sens identifié, sauf à utiliser des méthodes du type rasoir d'Occam

²⁰⁰⁷ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, par exemple p 10; voir aussi Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 352

²⁰⁰⁸ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 60 : « *There are no "crucial experiments," and no statistical regularities, by which to validate a moral argument* ».

²⁰⁰⁹ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 201

²⁰¹⁰ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 204. Notons que la falsifiabilité correspond plus à une vérifiabilité... si nous observons les « faits » Par ailleurs, la réflexion qu'il mène est intéressante : si le langage et le raisonnement du droit étaient parfaitement transparents, les juristes perdraient « en prestige », si bien qu'il n'est pas dans leur intérêt d'explicitier réellement leurs modes de fonctionnement et leur « jargon ».

²⁰¹¹ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, pp 59-60. Cette affirmation n'est pas entièrement exacte, surtout si nous reprenons les études relatives à la peine de mort et à son acceptabilité. Les préconceptions morales ne peuvent pas toujours être battues en brèche (au moins à court terme) par des faits empiriques. Notons aussi qu'il considère que ce qui est important est l'autorité de la science comme méthode, sans nécessairement réfléchir au champ d'application d'une telle méthode (ce point, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, est par exemple critiqué dans l'œuvre de Hayek ; voir notamment Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit). Posner parle même d'une foi beaucoup plus grande en matière de science qu'en matière de morale.

ou esthétisme qui n'ont rien de démontrable). La philosophie morale pourrait alors retrouver une force. Si nous ajoutons les problèmes liés à la construction de ces « faits » ou à leur(s) interprétation(s)²⁰¹², de nombreuses difficultés peuvent survenir mais ces points ne sont pas spécifiquement développés par Posner. Pour lui, l'important réside dans le consensus²⁰¹³.

Si les « faits » pointent dans une direction « claire »²⁰¹⁴, ils permettent une réflexion sur les préconceptions lorsque, notamment, les intuitions et les faits semblent s'opposer²⁰¹⁵. Le juge est alors supposé examiner de façon plus « rationnelle » la situation qui lui est soumise. En effet, ce genre de situation permet de dépasser le raisonnement en termes d'universaux (la morale, la justice, etc.) et fournit une justification « plus valable » ou « plus serrée » des solutions. Si le juge doit tenir compte des faits, il ne peut faire jouer uniquement ses préférences (vouloir faire jouer ses préférences est beaucoup plus coûteux puisque le système de justification est plus contraignant). Autrement dit, les faits correspondent à de nouvelles « contraintes » dans le raisonnement (d'autant plus qu'en étant plus accessibles, leur respect est assuré, relativement, par les contraintes systémiques pesant sur le juge) et permettent d'éviter encore un peu plus le dogmatisme.

En insistant sur l'empirisme, Posner introduit alors le rôle des sciences sociales, et notamment²⁰¹⁶ de l'économie, et des sciences, comme les statistiques, considérant qu'il s'agit de méthodes plus « valides » de raisonnement. Il indique ainsi : « *When hypotheses cannot be tested by means of experiments, whether contrived or natural, and the results assessed rigorously by reference to the conventions of statistical inference, speculation is rampant and knowledge meager* »²⁰¹⁷. Il va même jusqu'à considérer que

²⁰¹² Souvenons nous de la thèse de Duhem Quine encore plus puissant en matière de sciences sociales.

²⁰¹³ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, pp 62-63. Il semble donc adopter, d'une certaine manière, une approche kuhnnienne (même si cette dernière référence n'est pas mentionnée dans son texte). Il recherche donc plus une acceptabilité qu'une « vérité ».

²⁰¹⁴ Le modèle scientifique semble alors se fonder plus sur la confirmation par les faits que sur une logique de falsifiabilité.

²⁰¹⁵ Ce qui suppose donc que les individus ne sont pas parfaitement rationnels, mais aussi que les préférences de premier niveau varient avec les informations. Cette conception est problématique à intégrer dans le modèle de rationalité néoclassique. Néanmoins, comme nous pourrons le constater, il faut ensuite distinguer l'analyse économique du droit comme outil vers plus d'objectivité et l'approche pragmatique, méthode de résolution des problèmes juridiques que revendique Posner.

²⁰¹⁶ D'autres méthodes sont envisagées comme la sociologie (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 211), la psychologie (Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, partie III, mais il l'envisage avant tout sous l'angle de l'analyse économique), la biologie (notamment évolutionnaire... qui n'est pas à proprement parler une science sociale ; par exemple Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 336 mais d'autres références sont présentes dans ses ouvrages).

²⁰¹⁷ Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*, op cit, p 411. Dans le même sens Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 123 : « *Arguing from cases rather than from theory of facts, putting words ahead of things and mental states ahead of*

l'ignorance est l'alliée de la philosophie morale²⁰¹⁸. C'est sous cet angle que l'analyse économique du droit doit se comprendre ; elle ne serait qu'un outil en vue d'un objectif plus global, celui de la décision pragmatique (*infra*).

Outre la méthode, il reproche aussi aux « philosophies morales » de ne pas tenir compte des conséquences ; il s'agit de la troisième critique. Pour Posner, il est moins important de savoir ce qu'est le droit que de savoir ce qu'il fait. Le droit est une activité qui a des impacts dans le réel. La décision judiciaire « doit » donc tenir compte des conséquences et des faits, d'autant plus que si le droit est perçu dans une dimension instrumentale, il vise à de telles modifications. Or, la philosophie morale et la philosophie du droit s'intéressent avant tout à ce qu'« est » le droit, et c'est cette idée qui conduira à déterminer une solution (contrairement aux théories du droit). La décision est prise sans analyse des circonstances, des enjeux et finalement des conséquences qu'elle pourrait avoir sur la société²⁰¹⁹.

Posner précise ensuite son point de vue : « *Judges have got to understand that the only sound basis for a legal rule is its social advantage, which requires an economic judgment, balancing benefits against costs* »²⁰²⁰. Le problème n'est donc pas et ne devrait pas être un problème de définitions ou de valeurs, voire même de croyances ; le problème est simplement de déterminer les conséquences de ces différentes croyances²⁰²¹, valeurs ou définitions et de choisir celle qui sera « socialement utile ». Les « faits » et les conséquences doivent donc pouvoir être déterminés de façon non arbitraire (or la théorie influence la perception, lorsqu'elle n'influence pas le monde physique comme dans la théorie quantique, *infra*). Il ne s'agit pas, par exemple, de savoir si la peine de mort est « bonne » ou « mauvaise », conforme à la « dignité humaine » ou à la « justice », il ne s'agit pas de se poser une question sur ce qu'elle « est ». Pour Posner, le problème est celui des conséquences de cette peine de mort – ce qu'elle « fait » –, et rien ne semble pouvoir être apporté par des points de vue

consequences, giving legal effect to unexamined verbal distinctions (such as act versus omission), reifying analogies – these are procedures remote from the mathematically or logically rigorous, and rigorously fact tested, theorizing that is the scientific ideal ».

²⁰¹⁸ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 74. Posner suit donc la logique de Comte et en oublie la critique philosophique.

²⁰¹⁹ Visiblement l'auteur ne tient pas compte de la praxis aristotélicienne. Nous reviendrons sur ce dernier point dans la seconde partie de notre thèse.

²⁰²⁰ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 208. Dans le même sens, il explique que : « *What is important is that judges and other policy makers should think in terms of consequences without taking the rhetoric of legal formalism seriously and without bothering their heads about pragmatic philosophy either* » (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 55). Notons cependant que le pragmatisme qu'il revendique ne suit pas parfaitement la logique conséquentialiste (ce que l'auteur reconnaît d'ailleurs). Nous reviendrons sur ce point lorsque nous nous intéresserons au pragmatisme de Posner et à sa logique.

²⁰²¹ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 251

dogmatiques (néanmoins, même dans un tel cas, l'acceptabilité de la peine de mort n'est pas assurée, de même que sa non acceptabilité). Ceci revient, *in fine*, à justifier l'approche économique du droit dont l'objet est justement de réaliser des analyses coûts-bénéfices²⁰²².

C'est la perception du droit et la philosophie sous-jacente de l'auteur qui le conduisent à de tels « résultats » : comme le droit est envisagé dans sa dimension d'outil de contrôle social, il doit être orienté vers les faits et vers les conséquences ; comme l'auteur souhaite scientificiser la démarche juridique, il est conduit à percevoir le droit sous un certain angle. Il est vraisemblable que ces deux forces ont toutes les deux contribué au développement de l'analyse économique du droit.

Les méthodes traditionnelles du droit ne permettraient donc pas de résoudre certains problèmes juridiques et pourraient alors apparaître comme non satisfaisantes au regard de l'idéal d'une décision scientifique, démontrable et empiriquement testable à laquelle l'analyse économique du droit tente d'apporter sa pierre (pour participer au « désenchantement du monde » général produit par la modernité). C'est uniquement par rapport aux insuffisances « identifiées » de la pratique juridique traditionnelle que l'analyse économique se construit et se développe (elle a pour objectif de rendre la décision judiciaire plus « scientifique », ce qui ne signifie pas que la décision judiciaire puisse être scientifique²⁰²³). Elle ne fait cependant partie que d'un projet (sans en être l'aboutissement), initié par les réalistes américains, celui d'une scientificisation du droit, et plus largement d'un projet de rationalisation du monde dans le monde des sciences sociales lancé par Comte.

²⁰²² Nous apporterons d'importantes nuances dans la mesure où l'analyse économique du droit semble prendre la représentation de la justice trop au sérieux et, en négligeant la multidimensionnalité du processus de jugement, transforme « le jugement » en « calcul ». Posner semble tenir compte de cette idée lorsqu'il développe sa théorie du pragmatisme mais ceci ne se retrouve pas dans la logique de l'analyse économique du droit ce qui nous conduira à nous intéresser au « domaine » de validité de ce type d'analyse (*infra partie 2*).

²⁰²³ Comme nous pourrions le constater, la position de Posner est beaucoup plus nuancée que l'image qu'on pourrait en avoir. Son projet plus large – le pragmatisme – constitue certes une volonté d'introduire plus de sciences dans le droit mais ne cède pas à l'idée que l'ensemble du droit peut être scientifique. Le droit reste un art, il reste du domaine de la rationalité pratique et ne peut se résumer à un algorithme. Ce point sera développé dans le prochain paragraphe. Notons cependant que cela signifie que le droit ne peut se résumer à « l'analyse économique du droit » et que celle-ci n'est qu'un outil d'approche. Cette conception n'est pas sans poser de difficultés pour interpréter l'impact de l'approche économique du droit lorsqu'elle est appliquée au monde « réel ».

B. La recherche d'une solution au problème de l'explosion du sens provoqué par le réalisme : l'idéal de la décision scientifique et le rôle de l'analyse économique du droit

Si les méthodes traditionnelles ne sont pas satisfaisantes, il est nécessaire de tenter de les dépasser, de construire « négativement » une méthode « valable » (selon des méta-critères qui ne sont pas explicites). En effet, ce n'est pas le « formalisme » (comme accord sur un ensemble de méthodes pour résoudre une classe de cas), *per se*, qui est critiqué en première analyse, mais la forme de « formalisme » utilisée par l'analyse juridique « traditionnelle ». Le « formalisme » juridique n'est pas satisfaisant car il n'est pas (ou n'apparaît pas comme) « scientifique »²⁰²⁴ et l'analyse économique du droit permettrait de refonder le droit sur des bases « scientifiques ». Georgakopoulos affirme ainsi que « *With modern « law and economics » the law becomes a formal, scientific, often quantifiable field of study* »²⁰²⁵. Si cette affirmation exprime sans ambiguïté l'idéal à atteindre, l'enthousiasme de l'auteur est certainement à relativiser²⁰²⁶. Ceci signifie donc que l'analyse économique du droit « refuse », positivement et normativement, l'idée d'un juge parfaitement libre de déterminer une solution juridique à un problème. Le juge est et doit être contraint, mais cette contrainte, pour ne pas être fictive, doit pouvoir être, d'une certaine manière, « vérifiable » : contraindre, c'est pouvoir vérifier que le juge n'outrepasse pas ses « devoirs ».

L'idéal de scientificité dans la résolution des problèmes juridiques apparaît premier pour l'analyse économique du droit, néanmoins aucun auteur n'a pris la peine de définir explicitement et positivement ce concept. L'image de la méthode scientifique se construit en creux : elle doit pallier les déficiences du raisonnement juridique et le raisonnement économique peut y aider puisque l'économie est perçue, elle, comme une « science » ou comme ayant des caractéristiques scientifiques dont l'importation dans le domaine du droit serait pertinente.

L'analyse économique du droit reproche à l'analyse juridique traditionnelle de ne pas définir son point de départ, de ne pas disposer d'un code commun suffisamment précis (1) permettant de surmonter les ambiguïtés du langage (ou au moins une partie d'entre elles), autrement dit son

²⁰²⁴ Cette idée ressort à plusieurs reprises dans Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, par exemple, pp 59-64 (paragraphe intitulé « *is science so different* ») ou p 204. L'autre critique possible du formalisme touche une approche plus normative de l'évaluation des résultats.

²⁰²⁵ Nicholas Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics, Basic Tools for Normative Reasoning*, op cit, p 3

²⁰²⁶ Il s'agit d'ailleurs de l'un des objectifs principaux de notre thèse. Si l'examen critique des fondements épistémologiques de la méthode nous oblige à relativiser une telle affirmation, il serait préjudiciable de ne pas considérer l'intérêt de l'analyse économique du droit pour la compréhension du droit. Nous aurons l'occasion, au cours de la seconde partie de notre thèse, d'examiner l'apport de l'analyse économique du droit pour la « connaissance » du droit.

manque de rigueur scientifique et le manque de « vérifiabilité » des solutions juridiques. Si la définition d'un code commun est certainement fondamentale pour faire « avancer » le raisonnement juridique, ce code n'est pas sans limite théorique (2) qu'il est nécessaire de spécifier – ici abstraitement²⁰²⁷ – afin de saisir l'apport de l'analyse économique du droit, une connaissance étant toujours plus « intéressante » lorsqu'on sait ce qu'elle néglige.

Ces débats, s'ils touchent l'analyse juridique, ne sont pas nouveaux en théorie économique²⁰²⁸. En un sens, tout comme l'analyse économique littéraire est « critiquée » comme non scientifique ; l'analyse juridique, essentiellement littéraire, subit le même type de critique. Les attaques de Posner concernant la méthode juridique traditionnelle se rapprochent ainsi des attaques de Allais visant la théorie économique non mathématique : « *ce que précisément la plupart des économistes littéraires apprécient dans leur méthode logique (ou leur manque de méthode ! le lecteur appréciera), c'est l'extraordinaire souplesse avec laquelle elle sait suppléer à l'insuffisance de la pensée et faire face à la démonstration des faits ou de la critique* »²⁰²⁹. Il nous semble même que c'est parce que le droit peut être investi par les méthodes de l'analyse économique que la méthode juridique est perçue comme une sorte de méthode économique non rigoureuse (après tout ne s'agit-il pas, en droit, de peser les arguments ?)²⁰³⁰.

Signalons, dès à présent, que les praticiens de l'analyse économique du droit ne considèrent pas, pour une large majorité, que l'objectif de scientificisation du droit soit parfaitement atteignable²⁰³¹, ni même souhaitable. Même Posner insère l'analyse économique du droit dans une dimension plus large d'outil de décision pragmatique²⁰³², pour lui, l'économie n'épuise pas le droit.

²⁰²⁷ La question des limites « concrètes » de l'analyse économique du droit sera étudiée dans la seconde partie de cette thèse.

²⁰²⁸ Dans le cadre de l'analyse économique du droit, pensons aux critiques qu'adresse Posner à la méthode économique – non mathématisée – de Coase (Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, chapitre 20, pp 406-425) ou à la *behavioral law and economics*, trop orientée sur la dimension empirique au détriment de la cohérence logique a priori (Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit). Pour les débats économiques, voir par exemple Victoria Chick, *On Knowing One's Place : The Role of Formalism in Economics*, 1998, *The Economic Journal*, vol 108, pp 1859-1869 ; ou encore Roger Backhouse, *If Mathematics is Informal, Then Perhaps We Should Accept That Economics Must Be Informal Too*, 1998, *The Economic Journal*, vol 108, pp 1848-1858.

²⁰²⁹ Maurice Allais, *Puissance et Dangers de l'Utilisation de l'Outil Mathématique en Economique*, 1954, *Econometrica*, vol 22, pp 58-71, p 65

²⁰³⁰ Ce lien est d'autant plus fort si nous considérons, avec Adam Smith que le droit et l'économie sont liés intimement. Historiquement, l'économie naît du droit et, en « retour », la « scientificisation » de l'économie tente d'être exportée sur les objets juridiques.

²⁰³¹ Par exemple, Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 525

²⁰³² Cette dimension d'outil se retrouve aussi dans le titre de l'ouvrage de Farnsworth : Ward Farnsworth, *Legal Analyst : A Toolkit for Thinking About the Law*, 2007, University of Chicago Press, Chicago, 326 pages (l'ouvrage présente notamment les outils

C'est en révélant les limites de la méthode juridique et des moyens pour y faire face que l'analyse économique du droit gagne en pertinence pour le juriste²⁰³³ et permet de mieux comprendre « le droit ».

1. La nécessité d'un code commun (voire d'une axiomatique) pour faire avancer le raisonnement juridique

Lorsqu'un juge rend une décision, peut-on évaluer la « justesse » ou la « juridicité » de son opinion ? Si une analogie est proposée, peut-on vérifier qu'elle est adéquate ? Si une interprétation est proposée, peut-on démontrer qu'elle est exacte ? Peut-on déduire logiquement des solutions juridiques ? Si les réponses sont négatives, comment peut-on affirmer qu'il existe une connaissance « scientifique » du droit ? Au-delà, comment rendre le droit et le raisonnement juridique plus « scientifiques », et donc moins arbitraires ?

L'analyse « juridique » propose quelques pistes mais ne semble pas être suffisamment « rigoureuse » pour que des consensus puissent se former inévitablement. C'est la possibilité d'atteindre le consensus qui motive la logique scientifique. Il est plus vraisemblable d'obtenir un consensus sur des questions de physique (quoi que... il suffit de penser à la fameuse théorie des cordes) que sur des questions de « moralité », voire sur des questions de « qualification juridique des faits ».

Afin d'atteindre une rigueur suffisante, il faudrait réussir à dissiper le flou du langage commun et réunifier le raisonnement juridique autour d'un code (a), c'est-à-dire s'assurer d'une compréhension mutuelle du problème et de ses enjeux. Il faudrait retraduire le langage commun dans un langage non ambigu et même souvent unidimensionnel, ou moins ambigu, et suffisamment compréhensible pour qu'une fois le code précisé, les solutions puissent trouver une forme de démontrabilité (ce qui suppose une unidimensionnalité d'où l'idée de réunification²⁰³⁴). Ceci conduit donc à une refondation à la fois sémantique (sur le sens des mots et leur correspondance aux « choses ») et

fournis par l'analyse économique du droit). Cette dimension se retrouve aussi dans Howell Jackson, Louis Kaplow, Steven Shavell, Kip Viscusi et David Cope, *Analytical Methods for Lawyers*, 2003, Foundation Press, New York, 583 pages (l'analyse économique est alors représentée comme une des méthodes analytique).

²⁰³³ Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans les derniers chapitres de cette thèse. Nous pourrions ainsi comparer les logiques de jugement et les logiques de décision. « L'algorithmeisation » du droit s'avérera, si ce n'est impossible, au moins problématique, et ces considérations nous amèneront à une forme de retour vers la rationalité pratique.

²⁰³⁴ L'unidimensionnalité n'est en fait nécessaire qu'en ce qui concerne la démontrabilité pure. Dès lors qu'il existe une pluridimensionnalité, la démontrabilité tend à s'épuiser car elle ne peut interpréter les différents niveaux que si elle dispose d'un code unique pour les réinterpréter.

syntactique (sur les possibilités d'usage des mots et donc les relations entre les catégories juridiques par exemple), seule à même de permettre une dérivabilité (au moins relative) logique (donc vérifiable) des solutions²⁰³⁵ à un problème juridique. Cette refondation impose aussi un déplacement du code (*infra*).

Du point de vue juridique, la solution d'un cas doit passer par une « réunitarisation » dans le langage du droit (si nous supposons qu'une fois les qualifications réalisées, le langage juridique est « logique ») : *il faut retraduire en langage juridique des éléments de fait (qualification juridique des faits), pour ensuite faire jouer les catégories ; une fois la qualification acquise la solution devient « dérivable »*²⁰³⁶. Néanmoins, rien de « juridique » ne permet de déterminer la qualification, celle-ci est un objectif et le code ne propose aucune méthode permettant de la déterminer (même s'il vise à spécifier les catégories via des sous-catégories), d'où la nécessité de spécifier un code commun pour que la précision de la signification de la catégorie soit relative. Le code économique est plus « profond » puisqu'il vise à favoriser une procédure de décision ; il est à la source et non à l'estuaire, même si, lui aussi, demande une transposition des faits dans le langage économique. La réunitarisation dans le code de l'économie cherche donc à reconstruire des fondations au raisonnement « juridique » (au sens ici de « dans le droit » puisque le raisonnement n'est pas exactement « juridique ») ; le code économique s'écarte nécessairement du code juridique.

La réunitarisation pourrait être suffisante si nous souhaitions faire du « droit » un simple jeu logique à partir des catégories (un calcul des concepts) et que la qualification juridique des faits ne posait pas de difficultés (ce qui supposerait une précision du code absente dans les faits). Le droit se réduirait ainsi à une forme d'arithmétique. Le juge appliquerait le droit sans se soucier de l'impact de ses décisions sur le réel, sauf lorsque le droit spécifierait la nécessité d'en tenir compte (pensons au droit de la concurrence et à sa *rule of reason*) et les moyens de le faire (ce qui est rarement le cas, le recours à l'expertise supposant un dépassement du strictement juridique)²⁰³⁷. Lorsque plusieurs solutions apparaîtront valables, un tel code ne sera plus suffisant (par définition) et il s'agira de constituer un surcode permettant de réinterpréter et de dépasser le code juridique.

²⁰³⁵ Il est délicat de déterminer s'il s'agit alors de solutions « juridiques » même si elles sont des réponses à un problème considéré comme « juridique ».

²⁰³⁶ Il serait plus exact de préciser qu'il existe une boucle de rétroaction entre la qualification juridique des faits et le jeu des catégories dès lors que les catégories n'ont pas de frontières étanches. Comme nous le verrons dans la seconde partie de notre thèse, il existe une différence importante entre la réunitarisation dans le langage juridique et la réunitarisation dans le langage économique.

²⁰³⁷ Dans ce cas, le juge continuerait à se contenter d'appliquer le droit.

Si nous abordons le droit dans sa dimension instrumentale, comme outil de contrôle social ayant un impact sur le « réel », le problème sera celui de la détermination des conséquences des règles juridiques (et c'est parce que les conséquences apparaissent déterminantes qu'il sera possible de réunitariser). Le code principal ne sera alors plus fondé sur les règles en elles mêmes (les catégories juridiques et leur précision), mais sur la détermination des conséquences (des éléments concrets ex ante permettant de dériver les conséquences d'une règle ex post). La validité de ce code dépendra de ses possibilités de « prédire »²⁰³⁸ l'impact réel des règles juridiques et, sans approche empirique, cette validité restera très relative. Il s'agira alors de refonder le raisonnement « juridique » sur une approche scientifique (b) qui n'est possible que si nous supposons une dimension téléologique du droit (il ne suffit pas de se contenter d'affirmer que les conséquences doivent être prises en compte mais de spécifier les conséquences « désirables »), notamment lorsque plusieurs options semblent ouvertes. Scientificiser la substance impose d'ailleurs un Têlos. Ces questions sont centrales pour la théorie du droit et permettent de mieux saisir les enjeux, mais aussi l'intérêt, de l'analyse économique du droit. En effet, c'est parce que ses praticiens considèrent qu'elle est plus « apte » à fournir des connaissances de type « scientifique » (soit dans une dimension logique, soit dans une dimension empirique) qu'ils peuvent inciter les non praticiens à les rejoindre. Elle semble donc, au moins sous certains angles, plus « puissante » que l'analyse juridique traditionnelle.

a. réunitariser le raisonnement juridique sémantiquement et syntaxiquement

Supposons qu'un juge ait à déterminer si telle ou telle personne s'est conduite « en bon père de famille », ou si telle ou telle activité est une activité de « service public ». Ces catégories sont des catégories juridiques et le problème est celui de la correspondance entre le réel et la catégorie : il faut donc disposer d'un langage commun.

Le juge fournit quelques indications sur les sous-catégories utilisables mais ne fournit pas à proprement parler une méthode pour déterminer si nous nous trouvons dans des conditions permettant d'associer une « réalité » à une « qualification ». De plus, rien n'indique comment le juge pondérera les arguments²⁰³⁹. Pour être un service public, il faut nécessairement remplir une mission d'intérêt général mais quels arguments sont révélateurs de cette nature ? Le problème

²⁰³⁸ Si la prédiction est systématique, elle peut être considérée comme descriptive. Si la prédiction est systématique, le système de prédiction peut aussi servir dans une dimension normative. Nous retrouvons l'ensemble des dimensions de l'analyse économique du droit.

²⁰³⁹ Pensons à la technique du faisceau d'indices qui traduit, imparfaitement, une dimension « intuitive ».

sera celui de la détermination du sens de la sous-catégorie (puis de la sous-sous-catégorie, etc.). Il est d'ailleurs évident que les positions politiques ont un impact : l'intérêt général n'est pas compris de la même façon par un libertaire et par un communiste même si tous deux évoquent cette notion. Afin de pouvoir se comprendre, il est nécessaire de déterminer qui parle et quand il parle, mais aussi de déterminer les arguments qui « comptent », voire même le poids de chaque type d'argument²⁰⁴⁰ et la façon de le mesurer (si nous supposons que la conversation peut avoir une fin). Il s'agit de déterminer le référentiel dans lequel il est possible de saisir les arguments et de construire un référentiel unique pour avancer²⁰⁴¹, le langage « commun » n'étant pas suffisant.

Le problème fondamental du droit est lié à son outil principal, le langage. Afin qu'une communication puisse être véritablement saisie et qu'une confrontation ne soit pas stérile, il est nécessaire de spécifier le sens des termes (le rapport entre les termes et « la réalité »), leurs relations, et les constructions possibles à partir des termes (la syntaxe du code). Nous retrouvons un des objectifs des facultés de droit, même s'il n'est pas pleinement perçu. A minima, il serait nécessaire de disposer d'un référentiel ou d'un monde commun à l'intérieur duquel la confrontation et l'argumentation pourraient se dérouler (1). Ceci permettrait en effet de limiter les contre-sens et de faire avancer la discussion sans nécessairement réussir à dégager une solution unique.

A maxima, il s'agirait de développer une axiomatique (2) et donc une parfaite dérivabilité à partir de la « syntaxe ». Chaque argument serait dérivable d'un ensemble d'axiomes ce qui devrait conduire à une unité des solutions. L'axiomatisation présente de nombreux avantages comme la précision, la transparence, ou encore la possibilité de démontrer des solutions, mais suppose une nouvelle perspective sur la conception du code et sur la conception du droit. Le droit n'est plus perçu comme une entité « vivante » qu'il « faut » respecter, mais comme un outil au service de fins²⁰⁴² : la substance du droit apparaît ainsi moins importante que sa fonction.

Ces deux niveaux peuvent être complémentaires puisque plus un code est précis, moins il peut exprimer de choses et plus il tendra à être détaché de la « réalité » qu'il souhaite « représenter ».

²⁰⁴⁰ C'est ce que tente de faire le code des marchés publics, même si, en voulant s'assurer d'une objectivité dans la solution, fournit des outils permettant de masquer une subjectivité. Le flou du droit a un sens.

²⁰⁴¹ Si nous n'arrivons pas à construire un référentiel commun, aucun argument ne peut véritablement « toucher ». Si nous revenons à la question de la « juridicité » du droit nazi, il est nécessaire de définir ce qu'est le droit pour pouvoir se faire comprendre et construire un concept de droit commun pour que la discussion permette de véritablement entrer dans le débat. Il est alors possible de comprendre la plupart des oppositions entre juristes et entre juristes et économistes. La critique de Kelsen par Hayek ne porte pas car elle n'entre pas dans le système référentiel de Kelsen. La critique du positivisme par le jusnaturalisme ne porte pas non plus pour les mêmes raisons.

²⁰⁴² Dit autrement, le droit n'est pas un espace à l'intérieur duquel il est possible de faire des calculs. C'est une fonction permettant de faire passer d'un état à un autre état. Sa substance n'est pertinente qu'en ce qu'elle permet ce passage.

1. version faible : la définition d'un monde commun (d'un référentiel)

La version « faible » est déjà, pour partie, présente en droit. Les études juridiques visent à expliciter les catégories (données par le droit et par la jurisprudence : bon père de famille, service public, faute, etc.), leurs relations (le lien entre le consentement et le contrat, entre le service public et l'utilisation du droit administratif, etc.) et même à toucher leur signification (indirectement via la jurisprudence). *L'apprentissage nécessite une capacité de « réunitarisation », de raisonnement dans un « monde commun ».* Le cas pratique est un exercice typique : il s'agit de qualifier les faits, d'appliquer une catégorie et par les liens entre les catégories de déterminer une solution. La plupart des cas comprennent déjà une partie des qualifications, si bien que la solution juridique peut apparaître presque « logique » (si le système des catégories l'est suffisamment²⁰⁴³) et que *l'essentiel* du droit n'est pas perçu.

Dans les cas concrets néanmoins la qualification juridique pose plus de difficultés car le sens de la qualification ne permet pas avec certitude²⁰⁴⁴ de relier une réalité à une catégorie (l'avortement est-il compatible avec le principe du droit à la vie, tel ou tel acte ou discours est-il un acte diffamatoire ou incitant à la haine ?). De même, le système des catégories n'est pas suffisamment précis (comment savoir jusqu'à quel point « le principe de continuité » est compatible avec « le droit de grève » ? Comment savoir si c'est la lettre ou l'esprit qui doit dominer l'interprétation ? etc.²⁰⁴⁵)

Plus encore, les catégories ne permettent pas de déceler les points de désaccord (puisque c'est le choix de la catégorie qui crée le désaccord, sans que la catégorie puisse aider à le résoudre²⁰⁴⁶). Si une activité est considérée d'intérêt général par une personne et sans intérêt général par une autre, rien ne permet ni d'identifier ce qui les oppose (à l'exception de ce choix de catégorie), ni de choisir de façon raisonnée une qualification. Dès que des questions de « valeurs » entrent en ligne de compte pour la détermination des catégories, il n'existe pas de méthode juridique systématique

²⁰⁴³ Et en pratique lors de la construction du cas, l'examineur s'arrange pour que le système de catégories, sur ce cas là, soit cohérent et ne prête pas (trop) à confusion.

²⁰⁴⁴ ici avec l'idée de démonstrabilité, le raisonnement juridique ayant une certaine forme de certitude si celle-ci dépasse la logique formelle.

²⁰⁴⁵ Si nous voulons être technique, il est possible de considérer que le problème ne provient pas des catégories mais de leur signification. Comme il faut déterminer une solution juridique, rien n'empêche de considérer que la solution dégagée est la solution qui « existait » dans le système. Si nous considérons en revanche que la détermination d'une solution est un acte de volonté, le problème proviendra des catégories et la solution visera une meilleure compréhension de leur agencement.

²⁰⁴⁶ Notons que certaines catégories touchent directement des méthodes de découverte de solution ou de justification de solution. Si « la volonté du législateur » est à la fois une méthode de découverte et de justification d'une solution, elle constitue une catégorie juridique à part entière.

pour les résoudre. C'est parce que ce type de situation peut se produire que l'analyse économique du droit se construit.

Afin de résoudre ces difficultés, il faudrait spécifier, au minimum, un « référentiel commun²⁰⁴⁷ » (qu'indirectement le droit considère « donné », s'il se pense logique), autrement dit s'accorder sur le sens, dans la mesure où le langage le permet, ou au moins sur des méthodes permettant d'aboutir au sens, et s'accorder sur les relations entre les catégories (relations purement formelles). Sans une telle démarche, la communication ne pourra pas avancer et le choix sera celui du référentiel (et donc en partie d'un système de valeur), ou au moins d'une méthode permettant de dégager un référentiel « accepté » par les différentes parties, sans qu'aucun guide ne puisse véritablement aider.

La réunitarisation par le langage juridique est imparfaite car elle laisse subsister des questions de valeurs et ne fournit pas les outils nécessaires, hors la décision du juge, pour faire avancer le raisonnement juridique de façon « autonome » (justement car les catégories sont plus une fin qu'un moyen). Par ailleurs, même si un référentiel peut être déterminé, celui-ci doit avoir certaines spécificités pour remplir parfaitement son rôle, notamment une cohérence interne qui n'est que rarement « vérifiable »²⁰⁴⁸. En tout état de cause, le système est fermé sur lui-même si nous cherchons une substance du droit puisque les outils juridiques ne permettent pas, sans ambiguïté, de la dégager.

Pour tenter de sortir de cette logique, il faudrait quitter l'idée que le droit a un « sens » (puisque il est polysémique) ; il s'agit de retrouver et aborder le droit sous un angle plus instrumental (ce qui est déjà un référentiel) : le droit vise à trancher des problèmes concrets qu'il n'a pas nécessairement anticipé. La catégorie n'est qu'un moyen vers une fin²⁰⁴⁹, ce qui explique que les

²⁰⁴⁷ Au sens de système dans lequel se déroule le raisonnement. Le système est supposé cohérent et suffisamment fiable pour pouvoir « dériver », relativement (puisque le référentiel n'est pas entendu ici comme axiomatique), des solutions.

²⁰⁴⁸ car la cohérence interne suppose qu'on applique sur le système une qualité de cohérence qui ne peut se justifier qu'en référence à un autre référentiel ou à un méta-référentiel.

²⁰⁴⁹ Ceci ne contredit pas l'idée que la catégorie est une fin puisque nous changeons de type de raisonnement. Pour le raisonnement juridique visant à déterminer le sens du droit, la catégorie est une fin. Pour le raisonnement juridique visant à déterminer le but du droit, la catégorie n'est qu'un moyen. Il est aussi possible d'aborder la catégorie sous l'angle procédural : si nous supposons que le juge est moins apte que le législateur pour déterminer les conséquences des règles juridiques ou pour construire une « syntaxe » juridique cohérente (ce qui valorise l'idée de la sécurité juridique notamment), le législateur peut utiliser les catégories pour faciliter le raisonnement du juge. La catégorie reste un « proxy » mais, procéduralement, semble permettre une plus grande « sécurité » juridique (si la sécurité juridique se pense à l'aide des catégories et non des logiques du droit). La logique des catégories juridiques conditionne leur importance dans le raisonnement.

catégories s'enrichissent (la catégorie de service public a ainsi été divisée en service public administratif et service public industriel et commercial). *Si le droit a un impact sur le monde réel, il semble plus facile de se mettre d'accord sur la désirabilité de l'impact que sur le sens des catégories* (ceci suppose un certain découplage entre la fin et la procédure puisque la procédure ne peut pas être une fin sans que cela entraîne des complications). C'est justement le point que Posner essaye d'avancer. Certes, Posner « impose » un angle d'attaque (et le meilleur moyen pour dissiper les problèmes de sens est d'en imposer un), mais cet angle d'attaque se justifie aussi par des caractéristiques « formelles » qui permettent de dépasser certains inconvénients de la méthode juridique en favorisant le consensus et en abordant le problème avec un point de départ « plus profond » que la catégorie²⁰⁵⁰. Cet argument se retrouve aussi chez Sunstein : « *However, it is not as if this were a magic algorithm that can solve our problems. The identification of what counts as an error may well become contentious, but a lot of debates become much simpler once we see them through the law and economics lens because we can identify our exact point of disagreement* »²⁰⁵¹. Autrement dit, la réunitarisation dans le langage économique et autour des conséquences n'est pas parfaite mais permet de réduire certaines complications et semble valable quel que soit le problème juridique en cause (une fois que le raisonnement juridique laisse ouvert plusieurs options²⁰⁵²).

Cette réunitarisation autour des conséquences permet de limiter les difficultés lorsque deux référentiels sont en compétition alors que les solutions auxquelles ils conduisent sont identiques (sauf si la dimension symbolique des termes fait partie des conséquences ; pensons à l'idée du « mariage gay » puisque la difficulté provient du caractère symbolique de la notion de mariage et non de sa dimension instrumentale, avantages fiscaux notamment, sur laquelle un relatif consensus peut exister). Ce cas est cependant rare dans le cadre d'un procès puisque les systèmes référentiels pointent dans des directions opposées (sans quoi le procès ne servirait pas à grand-chose).

Si deux référentiels pointent dans des directions opposées, l'approche en termes de conséquences, sans « discréditer » les référentiels (qui permettent au moins de proposer des solutions « valides » juridiquement), tente de dépasser les oppositions en proposant un principe de solution clair pour la détermination soit de la solution « désirable », soit du sens des catégories. Entre deux options, sera retenue celle dont les conséquences sont « meilleures » du point de vue

²⁰⁵⁰ C'est la raison pour laquelle il est possible de considérer que l'analyse économique du droit est un positivisme de la substance. Si nous voulons une analyse scientifique de la substance, alors la méthode économique peut y aider.

²⁰⁵¹ Cass Sunstein, *The Autonomy of Law in Law and Economics*, op cit, p 93

²⁰⁵² Même sans cela, le raisonnement sur les conséquences peut conduire au raisonnement sur les catégories. Si la catégorie a une dimension purement fonctionnelle, l'identification de la conséquence permettra peut être de dériver la catégorie.

social ou qui correspondent le mieux à la raison d'être de la catégorie. La conception du « meilleure » reste délicate à définir et, dès lors que nous considérons qu'il existe une certaine « unité culturelle » permettant de s'accorder sur les conséquences ou sur des principes de détermination des conséquences, il est vraisemblable qu'un consensus puisse émerger. Si les conséquences sont réunitarisées pour être comparables, des solutions peuvent même s'imposer (dans le cadre de la réunitarisation, donc sans préjuger de la validité de cette dernière).

Plus largement, en s'intéressant aux conséquences, la décision semble moins « brutale » que le choix entre deux options sans plus de justification. Elle tend à faire penser que le juge ne prend pas la décision arbitrairement mais qu'il suit une « procédure » et qu'il « comprend » l'impact de sa décision. La décision devient plus transparente²⁰⁵³. Le débat sur les conséquences permet de « dépassionner » le combat juridique et aide à le résoudre (même si ce n'est pas nécessairement le cas). Supposons que deux groupes s'affrontent pour le maintien d'un impôt. Il est possible de discuter de sa « justice » mais cela risque d'être stérile. Il est possible en revanche d'analyser ses conséquences. S'il s'avère par exemple que l'impôt coûte plus cher à récolter que ce qu'il rapporte, un certain consensus pourra apparaître afin de le supprimer (ce que ne permettait pas la logique précédente). Si un individu enlève un bateau amarré à son ponton alors qu'une tempête menace et qu'il fait ensuite l'objet d'une plainte car le bateau a été détruit, il est plus aisé de raisonner en termes de conséquences qu'en termes de catégories juridiques (action fautive notamment). Chercher si en l'espèce il y a eu une faute (on s'intéresse alors à la nature de l'acte) semble plus délicat que de chercher les conséquences des différentes solutions possibles (et notamment la légalité ou l'illégalité de l'action). Plus précisément, *la recherche des conséquences semble moins prêter à débat que la recherche de la catégorie juridique à laquelle l'acte renvoie.*

Enfin lorsque les objectifs des différents systèmes sont identiques mais que les méthodes sont différentes (chaque parti politique souhaite permettre « l'augmentation du pouvoir d'achat » mais les méthodes varient), la logique des conséquences permet de dépasser les tensions sur les moyens (ce qui suppose que le moyen n'est pas une fin, ce qui n'est pas toujours le cas) : le choix ne sera plus perçu comme « politique » mais comme « scientifique » (on peut vouloir sauvegarder l'emploi mais appeler à l'interdiction du licenciement ne permet pas d'atteindre cet objectif). Si un but concret est recherché, l'analyse des conséquences constitue le moyen le plus apte pour sortir

²⁰⁵³ Et on se souvient que Posner considère que l'une des forces de résistance à la scientificisation du droit correspond au risque de la transparence pour la profession juridique.

des problèmes des catégories juridiques qui n'ont été construites qu'en fonction des conséquences qu'elles produisent²⁰⁵⁴.

Tout ceci suppose néanmoins une réunitarisation autour des conséquences qui ne soit pas ambiguë. La méthode de détermination des conséquences doit être précise et conclusive (en règle générale), mais aussi passer l'épreuve des faits afin de gagner en validité. S'il n'existe aucun accord sur les contraintes permettant de dégager des conséquences, nous restons dans la logique de l'opposition de référentiels (qui ne pourra se réduire que par un passage par les faits) ; si ces référentiels ne sont pas suffisamment précis, un même référentiel pourra produire une analyse des conséquences différentes (ce qui limiterait l'intérêt du passage par les conséquences). S'il existe un accord sur la méthode permettant de dégager les conséquences, le débat sera susceptible d'avancer mais ne sera pas nécessairement clos, notamment si la méthode de détermination des conséquences conduit à des problèmes de non comparativité sans que les alternatives soient pour autant perçues comme « équivalentes » (l'équivalent de la sauvegarde de l'environnement est par exemple difficilement déterminable). Il sera alors nécessaire de réunitariser les conséquences, c'est-à-dire de déterminer leur poids relatif (et c'est à ce niveau que nous retrouvons la logique de l'analyse coûts-bénéfices) et ce de façon non arbitraire (il est donc nécessaire de définir des méthodes permettant d'unitariser les conséquences, par exemple les méthodes de détermination des coûts et des bénéfices).

L'outil du droit étant le langage, rien ne permet une dérivabilité parfaite des solutions à partir des catégories juridiques (car ces catégories sont un point final de la réflexion²⁰⁵⁵). Afin de limiter les difficultés, il faudrait assurer une plus grande transparence du langage, mais ceci ne pouvant se faire qu'à partir du langage, le problème reste insurmontable en totalité puisque la démontrabilité de la solution n'est pas assurée. Nous retrouvons la logique de trivialisations, c'est-à-dire la possibilité de découper le problème en parties suffisamment « petites » pour qu'un accord sur le sens de chaque « partie » puisse se faire sans trop d'oppositions. Le passage par les conséquences permet de réduire certaines difficultés en espérant déplacer le débat des faits aux valeurs²⁰⁵⁶ (il renforce ainsi

²⁰⁵⁴ Si nous prenons le cas de l'idée de service public, puis son « éclatement » en service public administratif et service public industriel et commercial, la définition de cette catégorie puis son éclatement peuvent être interprétés comme la volonté de soumettre certaines activités à un régime spécial. La catégorie ne fait que traduire cette volonté mais le problème principal est celui des conséquences.

²⁰⁵⁵ Ou plus précisément le premier point final. Une fois les catégories déterminées, il suffira de faire jouer les liens entre les catégories.

²⁰⁵⁶ Nous aurons l'occasion de revenir sur ce problème dans la seconde partie de notre thèse.

la capacité de trivialisations). Sans précision du système permettant de dégager les conséquences, le problème ne peut pas être totalement réduit pour que la solution soit dérivable logiquement.

2. version forte : l'axiomatisation et le langage mathématique

Dans sa version forte, la prise de décision relèverait de la logique du calcul à partir d'axiomes explicites une fois que la situation a été exposée et « traduite ». Dans ce cadre, il n'y aurait plus aucun problème de sens (sauf sur la validité des axiomes et la qualification de la situation²⁰⁵⁷) puisque le langage serait strictement formel (l'axiomatisation parfaite conduisant à un langage mathématique, donc découplé du « sens »)²⁰⁵⁸. Le sens serait sorti du « calcul » pour ne « renaître » qu'une fois la solution déterminée afin de l'interpréter. La décision serait algorithmique et il n'existerait plus aucune ambiguïté puisque tout serait « démontrable » (c'est uniquement si nous assimilons la démonstration à la rigueur que l'axiomatique devient le seul moyen d'atteindre la rigueur²⁰⁵⁹). En effet, l'axiomatisation signifie qu'un domaine peut être réduit à un ensemble d'axiomes indépendants d'où il est possible de tirer l'ensemble des propositions valides (théorèmes au sens strict). Une certaine unidimensionnalité ressort donc de l'axiomatique car tout doit pouvoir être réinterprété et solutionné dans l'axiomatique.

Dans le cadre du droit, l'axiomatique n'est envisageable qu'en ce qui concerne les relations entre catégories (l'axiomatisation est limitée à une dimension strictement syntaxique²⁰⁶⁰), et aucunement en ce qui concerne la qualification juridique des faits (qui correspondrait à une dimension sémantique laquelle impose la construction « d'un monde commun »), car l'axiomatique constitue un point de départ et le droit nous fournit essentiellement des points d'arrivée (c'est pour cela que la logique juridique ne peut se construire qu'à partir des catégories et échoue à saisir le raisonnement juridique²⁰⁶¹ ; l'interprétation du *modus ponens* dans ce cadre ne nous semble pas

²⁰⁵⁷ La connaissance par l'axiomatisation complète est donc impossible car l'axiomatisation sans référence au réel ne sert plus à grand-chose (d'où l'idée que les mathématiques participent d'une recherche fondamentale).

²⁰⁵⁸ C'est d'ailleurs sur la base de la rigueur du vocabulaire que l'usage des mathématiques en économie a été valorisé (par exemple Jan Tinbergen, *The Functions of Mathematical Treatment*, 1954, *Review of Economics and Statistics*, vol 36, pp 365-369, par exemple p 366). Ceci suppose qu'une théorie axiomatisée est logiquement indépendante du sens qu'on lui attribue. Dans un modèle économique tout est prédéterminé par les axiomes et la qualification de la situation.

²⁰⁵⁹ Justement car la démonstration suppose une axiomatique.

²⁰⁶⁰ Ceci ne signifie cependant pas que cette axiomatisation soit possible notamment car les catégories juridiques ont des frontières poreuses et donc des liens qui ne permettent pas nécessairement cette axiomatisation a priori. Signalons aussi que l'axiomatisation suppose que de nouvelles catégories ne peuvent être créées ce qui n'est pas compatible avec l'expérience juridique traditionnelle (notamment en droit administratif).

²⁰⁶¹ Car alors on doit partir de la solution pour retrouver les catégories.

inutile). Le recentrage sur les conséquences permet de déterminer un point de départ plus profond puisqu'antérieur au jeu des relations de catégories (et même totalement découplé de ce jeu). L'économie semble proposer une dimension « syntaxique » plus facilement axiomatisable (car largement axiomatisée).

Si le problème est celui des conséquences sur les actions des hommes, il faut pouvoir « déterminer » le fonctionnement de ces individus. Les conséquences seront dérivables directement de ce modèle de l'homme, lorsque ce modèle est axiomatisé (et rien n'interdit que plusieurs « axiomatisations » entrent en ligne de compte, le choix pouvant se faire à l'étape ultérieure de l'épreuve des faits). Il sera par exemple possible d'affirmer que, dans les hypothèses du modèle, et toutes choses égales par ailleurs, si une sanction s'aggrave pour la réalisation d'un acte, cet acte tendra à être moins réalisé. Cette affirmation ne peut se faire qu'à l'intérieur du modèle et sa transposition à la « réalité » est problématique, d'où la nécessité d'une confrontation aux faits, seule à même de « valider » l'interprétation de l'axiomatique (et encore, *infra*).

Nous avons pu constater que le modèle de rationalité néoclassique se fonde sur une axiomatique (découplée de son interprétation) qui permet de dériver, lorsque la situation est réunitarisée dans le code de l'économie (phase souvent oubliée mais qui fait office de « qualification économique des faits »²⁰⁶²), une solution unique (en règle générale puisqu'elle vise l'optimisation²⁰⁶³) en ce qui concerne le comportement de l'individu. Par extension le concept d'efficacité permettrait de déterminer la solution « souhaitable » (ce qui suppose néanmoins une pondération des éléments identifiés et donc l'accord sur une méthodologie de détermination de cette pondération et des méthodes « unidimensionnalisation ». Les idées de coût d'opportunité ou de prix implicites sont censées remplir cette fonction²⁰⁶⁴) avec notamment l'identification de fonctions de bien-être social (nécessairement arbitraires en vertu du théorème de Arrow). Les modèles alternatifs de rationalité et d'efficacité ont souvent été attaqués car ils ne permettaient pas de dériver sans ambiguïté des

²⁰⁶² En droit, comme en économie, se pose le problème de la détermination de la situation et donc des faits à qualifier (nous envisagerons le problème de cette construction dans la seconde partie de notre thèse). La qualification économique ou juridique des faits est fondamentale pour faire entrer le raisonnement dans la syntaxe, supposée logique, du droit ou de l'économie. L'analyse économique du droit considère qu'il est plus aisé de qualifier économiquement que juridiquement, ce qui est censé donner un nouvel avantage à la discipline (Pour Posner, les juges gèrent ainsi mieux les faits et les conséquences que les théories, Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 195). Comme nous pourrons le constater dans le dernier chapitre de notre thèse, la logique d'abduction de l'analyse économique participe à la valeur du raisonnement. Signalons enfin que syntaxiquement la logique économique tend à être moins controversée que la logique juridique (puisque les catégories sont difficilement formalisables).

²⁰⁶³ Ce qui suppose donc une unidimensionnalité du code économique.

²⁰⁶⁴ Mais cette dimension touche plus la construction du code commun que l'axiomatique, même si le coût d'opportunité peut être traduit en concept mathématique.

«solutions»²⁰⁶⁵, particulièrement en raison de leur « syntaxe » (et non en raison de leur correspondance avec la « réalité »). Le concept de temps est aussi construit en économie pour faciliter la logique de la dérivabilité, de la déduction de comportement à partir de l'axiomatique proposée (alors que l'idée de dépendance par rapport au chemin semble plus pertinente dans le monde social). La logique méthodologique suivie par les constructions économiques devient ici plus aisée à comprendre.

L'axiomatisation de l'économie conduit à la dérivabilité parfaite des conséquences une fois la situation qualifiée économiquement, c'est-à-dire à la fois « unidimensionnalisée » et qualifiée économiquement (telle grandeur représente un coût variable par exemple). La vertu de dérivabilité ne signifie pas que l'axiomatique la permettant soit fondée pour une interprétation du monde réel : la syntaxe est logiquement découplée de son interprétation. La scientificisation de la méthode passe donc par une confrontation aux faits (puisque la sélection d'une méthode a priori est impossible).

b. Refonder les approches autour d'une approche « scientifique »

Il ne s'agira pas ici de déterminer si, oui ou non, l'analyse économique du droit peut être « scientifique » mais uniquement de mentionner qu'idéalement, si la logique des conséquences est adoptée et la réunitarisation dans le code de l'économie envisageable, la confrontation aux faits devient une nécessité. Si le droit est supposé agir sur le réel et que cet élément est déterminant, le problème sera celui de la théorie permettant de « prédire » ou au moins « d'entrevoir » les effets du droit sur le réel. Analyser les conséquences, c'est développer des propositions relatives à des grandeurs comparables pour ensuite pouvoir opérer un ou plusieurs « choix ».

Cette confrontation aux faits permet de valider l'axiomatique ou le « monde commun », et de placer ces faits sur un nouveau plan. En effet, si une validation empirique des résultats produits par l'axiomatique émerge, ce modèle pourra servir avec plus de certitude²⁰⁶⁶ comme modèle descriptif, voire comme modèle prescriptif²⁰⁶⁷. Fonder une argumentation sur des conséquences supposées d'une règle juridique n'est pertinent que si l'identification des conséquences se fait

²⁰⁶⁵ Notons que, dans ce cas, les considérations méthodologiques suivent des considérations épistémologiques. Le problème n'est plus de déterminer une bonne « syntaxe » mais de déterminer une « syntaxe » remplissant certaines fonctions prédéterminées par les considérations épistémologiques (démonstrabilité par exemple).

²⁰⁶⁶ Ce qui ne signifie pas que la certitude soit possiblement atteignable, ce qui impose systématiquement de qualifier les résultats

²⁰⁶⁷ Nous avons déjà signalé que « montrer » l'efficacité de la common law conduit certains théoriciens à valider l'idée que les juges « doivent » viser l'efficacité (mais plus consciemment) dans les décisions qu'ils prennent. On « naturalise le normatif » ce qui, si nous sommes humiens est tout à fait contestable.

selon une méthode « valide », c'est-à-dire qui conserve un lien entre les prédictions et les faits (donc à chaque fois, nous testons à la fois le modèle, l'identification des paramètres, et les méthodes sous jacentes). De même, affirmer qu'un individu se conduit rationnellement n'a pas grand « sens » pragmatique sans une confrontation aux faits (même si de nombreux problèmes surviennent alors, *supra notre chapitre sur la rationalité et infra partie 2*).

La confrontation aux faits permet de déterminer « l'utilité » d'un système de raisonnement ou de prédiction (ceci entraîne un méta-calcul coûts-bénéfices, en supposant que celui-ci est même possible) ; l'objectif est de déterminer les conséquences (et donc l'impact sur le « réel ») puisque le droit est perçu de façon instrumentale. Posner écrit ainsi « *The Achille's heel of constitutional law is the lack of an empirical footing, not the lack of a good constitutional theory* »²⁰⁶⁸ (puisqu'il considère que la question est moins une question de théorie que de conséquences empiriques²⁰⁶⁹).

La confrontation aux faits permet aussi de repenser certains éléments de l'axiomatique ou du système de raisonnement, voire l'axiomatique (ou le système de raisonnement) dans son entier. Signalons cependant que dès lors que la validité d'un raisonnement dépend à la fois de l'axiomatique (ou système de raisonnement) et de l'identification d'une « situation », l'axiomatique (ou le système de raisonnement) peut être « sauvée » en arguant d'une construction maladroite de la situation : soit l'individu ne semble pas rationnel car la situation concrète n'est pas la situation analysée dans le modèle, soit l'individu ne semble pas rationnel car effectivement il ne l'est pas (nous retrouvons alors la thèse de Duhem-Quine, *infra*).

Si nous laissons ce problème de côté, la confrontation aux faits permet un développement de la théorie du comportement (axiomatique de base, ou système de raisonnement de base). Même si nous partons d'un comportement relativement frustré, celui-ci, s'il est considéré comme valable relativement, nous permettra de saisir quelques éléments de la « réalité ». Il conduira aussi à en dégager les limites et à disposer d'éléments pour repenser le comportement des individus (supposé non aléatoire)²⁰⁷⁰. Plus la complexité du comportement sera acceptée moins l'axiomatisation sera possible et pertinente et plus la validité empirique touchera une structure et non un résultat précis (d'où la logique développée par Hayek).

²⁰⁶⁸ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 182

²⁰⁶⁹ Autrement dit sa critique est externe aux théories constitutionnelles. Comme il développe une autre conception de la « bonne » décision, il critique les décisions fondées sur des théories différentes.

²⁰⁷⁰ C'est ainsi que sont nées les théories alternatives de la rationalité ou de l'efficacité (cf chapitres sur la rationalité et l'efficacité). C'est par une critique visant la confrontation au réel que l'hypothèse d'information parfaite a pu laisser la place à une logique plus procédurale de la rationalité.

Afin que la confrontation aux faits puisse être réalisée, il est nécessaire de définir ce qui « comptera » comme « confrontation ». Nous avons déjà signalé que la scientificité, pour l'analyse économique du droit, dépend de la déductibilité de « théorèmes » à partir d'axiomes. Si nous restons dans le simple jeu logique, atteindre cette déductibilité est suffisant. Si par contre nous souhaitons nous en servir pour « transformer » le monde, il est nécessaire de spécifier une méthode de confrontation aux faits.

Deux approches semblent possibles : la première vise à vérifier que l'axiomatique a fonctionné pour « prédire » des faits du passé²⁰⁷¹, la seconde vise la falsification, c'est-à-dire la précision des circonstances qui permettrait d'invalider la théorie sous-jacente. Nous savons que la falsification constitue le standard poppérien et épistémologique (en règle générale, *infra*) mais que, pour des raisons techniques, elle est difficilement utilisable dans le monde des « sciences sociales », surtout quand les modèles postulent de « systèmes clos ». Comme le signale Chick : « *In economics, our ability to construct experiments is limited, and the results are not independent of the time at which they were conducted, of circumstances outside the experiment, or of the fact that the experiment is being conducted* »²⁰⁷². En analyse économique du droit, contrairement à ce qui a pu être avancé, la logique est davantage celle de la vérifiabilité que celle de la falsifiabilité²⁰⁷³.

Rappelons que la confrontation aux faits n'est pertinente que lorsque le problème juridique est perçu sous l'angle des conséquences²⁰⁷⁴. Une fois le problème abordé de cette manière, le test empirique devient fondamental et l'analyse économique semble fournir les outils adéquats pour interpréter dans un tel système.

2. Les limites de l'instauration d'un code commun

La construction d'un code commun ou d'une axiomatique n'est pas sans influence sur le type de connaissance dérivé de ce code ou de cette axiomatique. Nous avons pu constater que le sens de l'idée de droit peut varier très fortement en fonction du point de vue : le positivisme n'aborde pas

²⁰⁷¹ Ce qui est souvent problématique puisque les théories sont souvent construites pour rendre compte de faits historiques particuliers. Par ailleurs la correspondance avec le passé suppose que les relations statistiques du passé soient toujours valables dans l'avenir... ce qui est rarement le cas à un niveau « basique » (il suffit de penser, en économie, à l'évolution des interprétations de la relation entre chômage et inflation – la fameuse courbe de Philipps – par Keynes, Friedman et Lucas.

²⁰⁷² Victoria Chick, *On Knowing One's Place : The Role of Formalism in Economics*, op cit, p 1867. Voir plus généralement la seconde partie de la présente thèse consacrée en partie à cette question.

²⁰⁷³ Voir notamment Jeanne Schroeder, *Just So Stories*, op cit ; voir aussi notre seconde partie.

²⁰⁷⁴ La question subsiste de savoir si le passage par les conséquences est une cause de l'étude empirique ou s'il n'est qu'une conséquence de la volonté d'une confrontation empirique assise sur un modèle épistémologique bien particulier.

la question des droits de l'homme et de la signification du droit comme pourrait le faire un jusnaturaliste ou un praticien de l'analyse économique du droit.

Le code définit ainsi ce qui est connaissable (a), ou plus précisément ce qui est « connaissable » dépend du code choisi. Il s'agit donc de déterminer ce que le code ne peut pas « penser » (d'où l'intérêt de la multiplication des points de vue pour faire sens à des situations conçues comme multidimensionnelles) pour commencer à saisir son domaine de validité. De même, plus le code tend vers l'axiomatisation, plus il pourra être découplé de la réalité. Il tendra même, à terme, à perdre son objet (b), la dimension syntaxique dominant complètement la dimension sémantique et l'interprétation de la dimension syntaxique. Surgit alors le risque du formalisme pur : le but de la science économique se noie dans une focalisation sur des moyens susceptibles d'en faire une science, approche nécessairement moins féconde sous l'angle pragmatique.

a. le code définit ce qui est connaissable

Le code d'une « théorie » est un moyen de percevoir le monde mais aussi de lui donner un sens dans le cadre de cette « théorie »²⁰⁷⁵. Le sens est donc conditionné par le code et *in fine* par les capacités d'exprimer le code (autrement dit, le langage peut être considéré comme une sorte de « code ultime »)²⁰⁷⁶. En droit par exemple, les catégories juridiques et leurs relations sont expliquées à partir du langage commun (qui permet un méta-discours sur le code juridique), ce qui explique que les catégories juridiques restent « irréductibles » dans la plupart des cas (car elles ne peuvent s'affranchir de l'utilisation du langage commun et donc des connotations). De même, un cas juridique ne peut se résoudre que s'il est réinterprété dans le code du droit (d'où l'importance de la qualification juridique des faits).

²⁰⁷⁵ Et il ne faut pas oublier que la théorie que nous présentons ici est elle-même un « code ».

²⁰⁷⁶ Mais aussi par des limites plus « physiques » comme le corps. Ces dernières limites ne seront pas analysées ici mais il est fondamental de les souligner pour saisir les choix épistémologiques que nous faisons. Voir notamment Friedrich Hayek, *The Sensory Order*, op cit; Paul Watzlawick (sous la direction de), *L'Invention de la Réalité, Contribution au Constructivisme*, 1988, Points Seuil, Paris, 377 pages (notamment chapitre 1); Oliver Sacks, *An Anthropologist on Mars*, 1995, Vintage Books, New York, 328 pages (notamment sur les difficultés à saisir et à rendre compte d'altérations neurologiques par une personne « saine »); ou encore Antonio Damasio, *L'Erreur de Descartes : la Raison des Emotions*, [1995] 2008, Odile Jacob, Paris, 368 pages. Signalons enfin que si le langage peut être considéré comme un code « ultime » c'est car il est parfaitement réflexif : il est à la fois le code et l'explication du code (il suffit de penser à l'infini du dictionnaire) et la confrontation à la réalité permet de « saisir » si le code est bien compris (nous retrouvons, par exemple, une logique wittgensteinienne).

Le code n'est jamais neutre. D'une part, le langage (code « ultime ») n'est pas neutre puisqu'il véhicule un certain nombre de connotations (il est ancré dans une culture²⁰⁷⁷ et tout phénomène ne dispose pas d'un mot spécifique). Tout code fondé sur le langage commun devra donc essayer de limiter les connotations « communes » et indéfinies pour en associer certaines « propres » et « définies » (c'est l'un des objets du code commun)²⁰⁷⁸, au risque de contre-sens ou au moins de difficultés d'interprétation.

D'autre part, le langage contraint le code, mais aussi tout ce qui est « connaissable » à travers lui, car il limite le nombre des mots et des groupement de mots avec lesquels il peut être défini. Une personne qui pense « en images » ne peut donc rendre compte parfaitement de sa perception puisqu'elle doit l'exprimer à travers des mots (la symbolique n'est pas « codifiée »). L'explication du « goût » d'un aliment est lui aussi très délicat en raison de l'impuissance de notre vocabulaire en la matière. La forme poétique vise à exprimer ce qui dépasse le langage (il s'agit d'une forme qui vise à augmenter l'espace du « réel » que le langage peut « saisir »), il en est de même de formes symboliques comme la peinture (une œuvre de Kandinsky ou de Miro exprime quelque chose mais n'est pas réductible à des « mots »²⁰⁷⁹). Sous l'angle juridique, à supposer qu'il existe un sentiment de justice « véritable », l'explicitation de ce sentiment ne peut être « irréprochable » puisque le sentiment n'est pas parfaitement exprimable (ce qui pose alors la question de la justification des décisions prises sur cette base)²⁰⁸⁰. Il en va de même lorsqu'il existe une « connaissance intime » du droit qui nous permet de cibler rapidement et presque « instinctivement » des zones des possibles pour résoudre un cas juridique²⁰⁸¹.

Le code, en forgeant ses catégories et leurs relations, oblige aussi à raisonner avec celles-ci et donc contraint ce qui peut être exprimé grâce à lui (typiquement, une question « juridique » n'est pas une question « économique » si les catégories ne sont pas retraduites). Le code ne peut rendre compte que de phénomènes « exprimables » à travers lui mais ne peut saisir l'ensemble du phénomène. En économie néoclassique par exemple, les concepts d'acte gratuit, d'altruisme,

²⁰⁷⁷ Il suffit de penser à la connotation du mot « socialisme » ou de « libéralisme » en France et aux Etats-Unis. La connotation révèle la faiblesse de la transcription par des mots de phénomènes « saisis ».

²⁰⁷⁸ Ce qui pourrait sembler paradoxal puisqu'il faudrait échapper aux connotations du langage commun en utilisant le langage commun.

²⁰⁷⁹ Plus largement, voir Wassily Kandinsky, *Du Spirituel dans l'Art et dans la Peinture en Particulier*, 1988, Gallimard, Paris, 210 pages (il y évoque notamment l'idée qu'une couleur peut « matérialiser » le goût). L'explication verbale fait perdre une dimension.

²⁰⁸⁰ Cette idée se retrouve d'ailleurs chez Posner, par exemple Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit p 192. Posner signale qu'il est possible que ces « *can't helps* » résistent à toute rationalisation.

²⁰⁸¹ Les difficultés pour formaliser et même pour « verbaliser » cet instinct traduisent les limitations du langage (mais aussi une capacité de réflexivité).

d'amour ou d'amitié n'ont pas grand « sens » puisque ces concepts, dans le langage commun, touchent au dépassement de la logique des préférences²⁰⁸². Il est possible de les réinterpréter mais impossible de considérer que cette réinterprétation traduit « la » réalité, même si nous ne pouvons exclure qu'ils expriment « une » réalité.

Le code fournit même des outils pour appréhender le « concret » : le droit, l'économie ou la psychologie permettent de saisir des phénomènes concrets (sans pour autant toucher « le réel »... à supposer qu'il soit « connaissable », et sans qu'il soit possible de traduire sans ambiguïté l'image qui ressort du « croisement » des différents codes). Le code est partiellement, et même essentiellement, un outil d'abduction²⁰⁸³.

Plus le code est contraignant, plus l'appréhension d'un phénomène est partielle. Penser en termes de rationalité peut faire perdre sens à l'idée d'amour, mais penser dans le cadre des axiomes de la rationalité néoclassique réduit encore l'espace des interprétations (les discontinuités ou les absences de convexité des courbes d'indifférence ne sont plus véritablement « envisageables »). De même envisager l'économie comme système ouvert et évolutif rend certains outils tout à fait inappropriés, et notamment une grande partie de son attirail axiomatique. Enfin la logique de « quantification » sous-jacente à l'idée d'optimisation pose la question de « l'incommensurable » (qualificatif donné a priori).

Le code ne conduit donc qu'à une vision partielle du « concret » et, sans dimension réflexive, les limitations du code ne transparaîtraient pas nécessairement de son utilisation (d'où la nécessité d'explicitier les codes²⁰⁸⁴). Le positivisme juridique kelsenien n'est qu'une théorie (à supposer son unité) permettant de rendre compte du droit. L'analyse économique du droit en est une autre (ce qui ne signifie pas qu'il n'existe pas des espaces « communs » ou que leur objet soit le même). Le positivisme peut critiquer le code de l'analyse économique et l'analyse économique peut critiquer le code du positivisme mais ces critiques ne peuvent être qu'externes et, sans système de référence (épistémologie commune et objet commun), aucune ne peut être directement pertinente.

²⁰⁸² Il faudrait néanmoins distinguer le niveau psychologique et le niveau évolutionnaire pour appréhender un phénomène. Psychologiquement, l'amour dépasse le calcul, biologiquement et évolutionnairement, la dimension de calcul refait surface. Psychologiquement l'inceste est « répugnant », évolutionnairement, ce « répugnant » n'exprime qu'un calcul visant à permettre la circulation des femmes (si nous acceptons les thèses de Levi-Strauss).

²⁰⁸³ Nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de cette thèse.

²⁰⁸⁴ Et, je l'espère, la nécessité de cette thèse. Notons que c'est là que le raisonnement juridique est « limité » (ou montre sa puissance) dans la mesure où le système de référence n'est que rarement explicité et justifié ce qui pourrait faire sombrer le droit dans le simple jeu de langage, dans une rhétorique strictement stylistique.

Implicitement nous considérons que l'empilement des « codes » ne permet pas l'émergence d'un nouveau « code », d'une approche « totale » des phénomènes (ou même simplement pluridisciplinaire)²⁰⁸⁵. *Les codes ne servent qu'à retranscrire une dimension des phénomènes*. De même qu'un objet en plus de trois dimensions ne peut se connaître qu'à l'aide de ses projections sur chacune des dimensions sans pouvoir verbaliser sa perception totale, les différents codes des théories et philosophies du droit ne peuvent s'intéresser qu'à une projection et non au phénomène total. Envisager les aspects juridiques, économiques, sociologiques ou encore psychologiques d'un phénomène a priori « juridique » (juridique est utilisé ici sans référence au code) permet d'obtenir de meilleures intuitions sur ce phénomène qui reste cependant insaisissable (car non « traduisible ») dans sa totalité.

Si la possibilité de « coder » un phénomène de différentes façons est reconnue, ne retenir qu'un seul code conduit à faire disparaître une partie du phénomène²⁰⁸⁶ ; mais retenir différentes possibilités de codage pose la question de l'agrégation qui, par définition, ne peut se réduire à la démonstration (puisque la démonstration suppose un code unique). Certains des praticiens de l'analyse économique du droit ont conscience de ces problèmes, même si leur verbalisation est plus que parcimonieuse. Posner, par exemple, considère que la décision judiciaire doit se faire sur la base de la « *reasonableness* » qui dépasse la simple logique conséquentialiste qu'on peut retrouver en économie²⁰⁸⁷ mais ne discute pas véritablement les limites théoriques de l'analyse économique du droit dans son traité. Il reste aussi très évasif lorsqu'il exprime cette idée de « raisonnable » pourtant fondamentale (*infra seconde partie*).

L'objectif de transparence assigné au code permet certes de gagner en cohérence dans la présentation des « démonstrations » mais peut tendre à faire disparaître le but même du code, c'est-à-dire une compréhension « satisfaisante » du monde. Le « concret » est sacrifié sur l'autel de la « rigueur », souvent même inconsciemment.

²⁰⁸⁵ Ceci ne signifie pas pour autant que des paradigmes peuvent changer à l'intérieur d'un code ou qu'un code peut être absorbé par un autre mais cette absorption ne laisse pas le code original intact. L'idée de concurrence par exemple est une catégorie a priori économique mais quand les juristes l'utilisent, c'est dans sa dimension juridique (c'est parce qu'elle devient une catégorie juridique qu'elle peut être utilisée). De la même manière, le concept de droit de propriété est un concept a priori juridique mais quand les économistes l'utilisent c'est dans sa dimension économique : ils réinterprètent l'idée à travers leur code.

²⁰⁸⁶ Il ne faut cependant pas oublier que si le code conduit à la réduction du « phénomène », il en permet aussi l'appréhension. Plus le phénomène est complexe, plus sa réduction est nécessaire à sa compréhension même si cette réduction doit savoir qu'elle n'est qu'une réduction.

²⁰⁸⁷ Par exemple, Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 65. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point et sur les difficultés qui peuvent alors survenir (*infra*)

b. Le code peut se découpler totalement de la « réalité » et perdre son objet

Si nous recherchons dans le code un système « transparent » et déductif pur (autrement dit si nous voulons lutter contre la possibilité de polysémie et donc contre l'explosion du sens), nous sommes contraints de le réduire à sa dimension strictement syntaxique (relation entre les catégories) ; il est alors possible d'utiliser le langage mathématique, à l'instar des sciences « dures » comme la physique (souvent prise en exemple par l'analyse économique et l'analyse économique du droit) pour « préciser nos pensées ». L'idée sous-jacente serait qu'en partageant la logique de l'axiomatisation, il existerait une plus grande « scientificité », celle-ci devant se rechercher dans *l'analytique* et non dans *le syllogistique*. Insidieusement, la valeur « scientifique » n'est plus sa compréhension du monde mais sa logique déductive : si une connaissance doit être parfaitement « démontrable », cette prémisses imposant une structuration particulière des problèmes. Le monde passe en seconde position : il ne s'agit plus seulement de le « comprendre » puisque cette compréhension doit passer par des canaux imposés.

Le langage mathématique est actuellement le langage le plus rigoureux car son utilisation ne laisse aucune place à l'interprétation ; il présente un système parfaitement cohérent²⁰⁸⁸. Ce langage semble donc propre à la recherche scientifique. Si la retranscription dans le langage mathématique conduit à plus de transparence, cette retranscription réduit les phénomènes envisageables puisque, plus le code est « contraignant », moins le phénomène peut être perçu dans toute sa complexité (formaliser n'est donc pas « neutre »). Mathématiser la « loi » de la demande ne permet pas de traduire la même idée que l'expression littéraire de cette « loi » (la demande d'un bien baisse lorsque le prix du bien augmente) puisque l'outil mathématique contraint ce qui peut être formalisé (la demande est limitée aux fonctions différentiables, donc par exemple sans discontinuité). La mathématisation fait donc perdre des « nuances ».

Si la rigueur (ou plus précisément cette forme de rigueur) devient le critère de validité de l'analyse, voire de la connaissance (ce qu'elle semble tendre à devenir en analyse économique²⁰⁸⁹), l'objet de l'analyse (une connaissance du monde) disparaît peu à peu en raison de la contrainte du code. Considérer que seules les connaissances démontrables rigoureusement sont valables, c'est limiter le champ de ce qui peut être « connu » et même « discréditer » un certain nombre de théories

²⁰⁸⁸ En principe... il ne faut pas oublier le théorème de Gödel.

²⁰⁸⁹ Il s'agit, rappelons le, d'une des critiques formulées par Posner aux théories économiques alternatives comme le behavioral law and economics ou l'approche coasienne. La critique porte sur la rigueur et non sur la connaissance possible du monde. Les débats actuels visant la critique de la très forte mathématisation de l'économie prennent acte de ce problème. Notons que l'analyse hayekienne résiste toujours à toute mathématisation car son degré de complexité ne permet pas de la « simplifier » dans une axiomatique.

(morales notamment). Nous retrouvons l'idée que plus le code est contraignant (et l'axiomatisation du code est plus contraignante que sa simple expression littéraire) plus la perception des phénomènes sera partielle (et incitera à l'être pour rester dans le code).

Le moyen de la « connaissance » (la rigueur) risque de supplanter le but (la connaissance effective) lorsque la validité du but est définie par le moyen. Si tout ce qui peut être dit valablement doit être « modélisable », la complexité du monde est nécessairement réduite (ce qui ne signifie pas que cette « réduction » ne permet pas de saisir des éléments pertinents du « concret »). Pire, l'outil peut orienter les recherches : « *The point has often been made that assumptions, and even problems themselves, are chosen more for their mathematical convenience / tractability than for their economic relevance* »²⁰⁹⁰. Vouloir obtenir la rigueur, c'est modéliser l'humain de façon à ce qu'il se comporte de façon strictement déterminée au regard de la mathématisation de son comportement, c'est donc rejeter les logiques procédurales au profit de logiques paramétriques. Vouloir que le bien-être social soit « mathématisable », c'est adopter une théorie de l'efficacité économique et même l'idée de maximisation de la richesse, puisque le bonheur n'est pas « quantifiable » et ne peut donc fonder « rigoureusement » des politiques.

Les considérations épistémologiques sont à l'origine non seulement de la réduction de ce qui est connaissable dans un phénomène mais aussi, potentiellement²⁰⁹¹, de la réduction de l'espace des phénomènes « appréhendables », puisque ceux-ci seront « choisis » en fonction de la possibilité de leur retranscription dans un langage axiomatique. Le code de l'analyse économique du droit, sous son versant néoclassique, répond à cette logique sans percevoir « le jugement » dans toute sa complexité (notamment sa multidimensionnalité²⁰⁹²). Signalons par exemple la difficulté de naviguer entre les règles et les méta-règles, ou les problèmes de définition de ce qui fait l'optimalité d'une règle (dans les modèles d'évolution notamment). Se limiter à cette version de l'analyse économique du droit n'est donc pas satisfaisant dès lors que le problème demande à être appréhendé dans une dimension plus complexe.

Se pose alors le problème de l'arbitrage entre la rigueur syntaxique, seule à même de conduire à une déductibilité parfaite et à la démonstrabilité, et la correspondance entre la théorie et le réel. Plus la correspondance avec le réel est recherchée, moins la théorie aura de pouvoir prédictif puisque la prédiction demande une certaine schématisation du monde. Cette correspondance

²⁰⁹⁰ Victoria Chick, *On Knowing One's Place : The Role of Formalism in Economics*, op cit, p 1865

²⁰⁹¹ Il est en effet vraisemblable que tout phénomène puisse être « mathématisé » sous une forme ou une autre. Néanmoins plus le phénomène est complexe, plus sa mathématisation lui fera perdre certaines de ses dimensions.

²⁰⁹² Le principe même du jugement, nous y reviendrons c'est de ne pas connaître l'ensemble des éléments, sinon on ne « jugerait » pas véritablement. Nous reviendrons sur ce point dans la dernière partie de notre thèse.

avec le réel fera perdre en démonstrabilité et en déductibilité à partir de la théorie car la complexité ne sera pas rejetée. Plus la rigueur syntaxique sera avancée, plus le but de la correspondance entre le réel et le modèle aura tendance à disparaître. La méthodologie considérée comme « adéquate » interdira, ou au moins limitera, notre capacité à appréhender les phénomènes.

Cet arbitrage se retrouve, en analyse économique du droit, entre les théories plus psychologiques et l'approche néoclassique, mais aussi entre l'économie mathématique et l'économie littéraire. L'apport principal²⁰⁹³ de l'analyse économique du droit est donc de nous fournir une certaine transparence, même si cette transparence risque de limiter notre capacité à appréhender la totalité d'un phénomène complexe (tout en nous en facilitant l'accès). L'inconvénient principal de la théorie juridique, de ce point de vue, correspond à son manque de transparence (puisque le codage n'est jamais véritablement précisé) et donc à l'impossibilité de la démonstration (tout en nous permettant d'accepter la totale multidimensionnalité des problèmes). L'avantage d'une approche sur l'autre se réduit à des considérations strictement épistémologiques²⁰⁹⁴ (voire parfois même ontologiques) de la relation entre la « vérité » (ou simplement la validité d'une connaissance), la démonstration (ou la « pseudo démonstration » lorsque le langage n'est pas strictement formel) et l'empirisme (permettant de valider le système de démonstration ou certaines « conceptions » mais imposant de rechercher les conséquences sans s'intéresser à la substance²⁰⁹⁵). Chaque combinaison de ces trois éléments conduit, nous semble-t-il, à une typologie des différentes approches du droit et des différentes approches économiques du droit²⁰⁹⁶.

Se limiter au rôle de l'analyse économique du droit pour la « scientificisation » de la décision judiciaire n'est pas suffisant dans la mesure où il est rare que des auteurs affirment que l'analyse

²⁰⁹³ Nous aurons l'occasion de détailler celui-ci dans la seconde partie de cette thèse.

²⁰⁹⁴ Tushnet précise d'ailleurs que : « *The notion that science on the model of physics is necessarily the best way of acquiring a general understanding about law seems to me insupportable in light of what serious philosophers of the social sciences have had to say about understanding human behavior. It is not at all clear to them that knowledge about human behavior is actually gained on the model of knowledge about the physical sciences* » (Mark Tushnet, *Law, Science and Law and Economics*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 48-52, p 51). Ce problème n'est d'ailleurs pas du tout abordé de façon critique dans les ouvrages visant à présenter l'analyse économique du droit.

²⁰⁹⁵ L'empirisme ne peut d'ailleurs rien nous dire sur la substance, il ne permet que d'analyser la relation, d'où la nécessité d'une approche fonctionnelle du droit en analyse économique du droit.

²⁰⁹⁶ Nous ne dégagerons pas une typologie totale. Signalons néanmoins que l'analyse néoclassique accentue davantage la relation entre la vérité et la démonstration que ne le font les analyses plus psychologiques qui insistent, quant à elles, sur la dimension empirique. Les approches en termes de droit naturel se fondent davantage sur l'idée de vérité, qui dépasse largement la démonstration (une nouvelle fois il suffit de se référer à Aristote), etc...

économique du droit réduit l'ensemble du droit. L'analyse économique du droit semble d'ailleurs, pour l'un des fondateurs du mouvement (Posner), un simple outil permettant une approche plus pragmatique du droit, et c'est certainement sous cet angle qu'elle gagne le plus en pertinence.

§2. L'analyse économique du droit, outil de prédilection d'une approche pragmatique du droit ?

Afin de mieux saisir l'objectif, mais aussi la place de l'analyse économique du droit, il est nécessaire de comprendre le projet dans lequel elle s'insère (sans qu'il soit parfaitement possible de préciser si ce dernier projet fonde, ou émerge, de l'analyse économique du droit²⁰⁹⁷). Dans le précédent paragraphe nous avons examiné le projet « négatif », c'est-à-dire la critique des approches traditionnelles permettant de rendre compte de la décision judiciaire. Il s'agit maintenant d'analyser le projet « positif » : celui de la décision « pragmatique », susceptible d'induire un véritable changement de paradigme pour l'analyse économique du droit²⁰⁹⁸. Les projets positifs et négatifs se font largement échos, mais il est impossible de les recouper parfaitement.

Ce projet semble plus spécifique à l'œuvre de Posner²⁰⁹⁹ qu'à l'ensemble des praticiens de l'analyse économique du droit, dans la mesure où il est l'un des rares auteurs à s'intéresser aux dimensions méthodologiques de la discipline. Ce projet nous semble permettre de mieux spécifier la logique de l'analyse économique du droit, mais aussi d'en entrevoir certaines limites relatives, notamment, à son champ de validité²¹⁰⁰.

Ces projets (négatif et positif) permettent « d'encadrer » l'analyse économique du droit²¹⁰¹, de mieux saisir sa relation avec le « réalisme » et sa nature épistémologique (notamment sa relation avec l'idée de

²⁰⁹⁷ En effet, le projet positif du « pragmatisme », dans l'œuvre de Posner, n'apparaît qu'à la fin des années 1980 et constituera, à partir de cette période son fil directeur. Ses principaux ouvrages évoquent cette logique (Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit ; Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit ; Richard Posner, *Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit ; Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit ; et en un certain sens Richard Posner, *How Judges Decide*, op cit).

²⁰⁹⁸ Par exemple Elisabeth Krecké, Economic Analysis and Legal Pragmatism, 2004, *International Review of Law and Economics*, vol 23, pp 421-437. Nous partageons d'ailleurs les vues de l'auteur.

²⁰⁹⁹ Signalons qu'aucune des grandes introductions au domaine, qu'elles soient en français ou en anglais, n'ont d'entrée à « pragmatisme ». L'approche est donc discutée en « vase clos » alors que Posner critique fortement une telle attitude (*infra*).

²¹⁰⁰ Cette question fera l'objet d'une étude plus approfondie dans la seconde partie de cette thèse.

²¹⁰¹ Ce en quoi le pragmatisme de Posner n'est pas celui d'un Rorty (*infra*).

« vérité »²¹⁰²). Elle défend un nouveau formalisme puisqu'elle n'abandonne pas l'idée d'une « méthode » pour la prise de décision, sans quoi le risque de l'arbitraire serait tout aussi présent. Posner précise ainsi que « *Economic Analysis of Law is a formalistic edifice erected on a realist base* »²¹⁰³, ce qui n'est pas sans paradoxe. Cependant, ce formalisme absolu est « borné » par le projet positif qui, lui, semble plus « réaliste » ; le formalisme ne peut être « total »²¹⁰⁴, il n'est « utile » que parce qu'il fournit un éclairage « pertinent ». L'analyse économique du droit peut alors être conçue comme un outil de ce projet positif et non comme la totalité de celui-ci ; elle ne permet pas de réduire l'ensemble du « droit » (puisque c'est une catégorie qu'elle ne peut pas connaître), elle n'est qu'un outil pour mieux le comprendre. Posner explique alors : « *It would be more constructive to focus on the practical consequences of such things, with theorization used only to illuminate consequences – which is where economic theory and the empirical methods of economics come in* »²¹⁰⁵. Le projet positif accueille l'ensemble des théories qui visent à favoriser une approche empirique²¹⁰⁶, tout en reconnaissant à l'analyse économique du droit un rôle privilégié.

Le projet positif, comme le projet de l'analyse économique du droit, émane, chez Posner, de la lecture de Holmes²¹⁰⁷ dont il retient la définition fonctionnelle du droit. Si *The Path of Law* justifie l'utilisation des outils économiques et statistiques (et donc d'un certain « formalisme » ou au moins l'utilisation d'outils « externes » au droit), *Common Law* en précise les limites en fondant le projet positif (plus « antiformaliste ») : « *It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience* »²¹⁰⁸. Cette dernière phrase constitue même le slogan du pragmatisme de Posner, lorsque l'idée de logique est remplacée par celle de formalisme et l'idée d'expérience par celle d'empirisme²¹⁰⁹. L'analyse économique ne permet pas d'enfermer tout le droit (même si la méthode pragmatique apparaît

²¹⁰² Si le pragmatisme définit l'espace dans lequel s'insère l'analyse économique du droit, la valeur de « vérité » de l'analyse économique du droit ne peut pas dépasser celle du pragmatisme qui rejette l'idée même de vérité. Comme nous pourrions le constater, la « vérité » résulte, pour Posner, d'une intersubjectivité et non d'une quelconque « objectivité » (plus précisément, Posner définit l'objectivité par l'intersubjectivité).

²¹⁰³ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 24

²¹⁰⁴ Par exemple, Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 2 où il décrit le pragmatisme comme une méthode permettant de sortir du simple conceptualisme.

²¹⁰⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 3

²¹⁰⁶ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 77

²¹⁰⁷ Qui faisait partie du fameux « Metaphysical Club ». Posner a d'ailleurs édité un ouvrage relatif à Holmes dans lequel il ne cache pas sa fascination pour cet auteur (Richard Posner, *The Essential of Holmes*, 1992, Chicago University Press, Chicago, 372 pages).

²¹⁰⁸ Oliver Holmes, *Common Law*, 1881, Little, Brown, and Company, Boston, 422 pages, p 1

²¹⁰⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 57

« valable »²¹¹⁰) et Posner considère même, un peu mystérieusement, que « *Perhaps the highest aspiration of the judge is reasonableness in adjudication* »²¹¹¹.

Le pragmatisme légal, dans la logique de Posner, est donc une méthode fondée essentiellement sur les conséquences (A), ainsi qu'un principe de doute permettant de faire évoluer les réflexions²¹¹². C'est cette dimension qui permet de « légitimer » ou de « renforcer la validité » de l'utilisation de l'analyse économique du droit comme méthode d'analyse et comme outil principal du pragmatisme (B).

A. Le pragmatisme légal de Posner, fonder la décision judiciaire sur les conséquences tangibles de celle-ci

Le problème principal pour Posner, et pour les tenants de l'analyse économique du droit, est celui de la décision. Dès lors que les « indications juridiques », ou l'interprétation de ces indications, sont susceptibles de pointer dans des directions opposées, le droit n'est plus à même de fournir une solution strictement juridique permettant une unanimité. Dans ce cas, la décision aléatoire semblant incompatible avec la décision « juridique »²¹¹³, il devient nécessaire de chercher, en dehors du droit tangible, des systèmes d'aide à la décision (mais aussi de « justification » de la décision) sur lesquels il serait possible de se reposer (soit car le système proposé est justifié par ses fins, soit parce que la méthode qu'il emploie apparaît non ambiguë, ou au moins pertinente).

C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre l'analyse économique du droit et plus largement le pragmatisme de Posner²¹¹⁴. Il s'agit à la fois de refonder la décision juridique, mais aussi le

²¹¹⁰ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 404 « *The economic approach cannot be the whole content of legal pragmatism* ».

²¹¹¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 30. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans la suite de nos développements.

²¹¹² Dworkin considère ainsi que Posner est le « bulldog » de Darwin (Ronald Dworkin, *Darwin's New Bulldog*, 1998, *Harvard Law Review*, vol 111, pp 1718-1738).

²¹¹³ Pour une étude plus nuancée, voir Neil Duxbury, *Random Justice, On Lotteries and Legal Decision Making*, 1999, Oxford University Press, Oxford, 179 pages, spécialement chapitre 4, pp 86-141.

²¹¹⁴ Mais pas seulement, rappelons que pour William James, le pragmatisme constituait avant tout une méthode « *for settling metaphysical disputes that might otherwise be interminable* » (William James, *Pragmatism : A New Name for Some Old Ways of Thinking*, [1931] 2003, Kessinger Publishing, Whitefish, 316 pages, p 45). Les liens entre le pragmatisme de Posner et les autres formes de pragmatisme ne feront pas l'objet d'une étude détaillée. Signalons, outre le premier chapitre de Richard Posner, *Law Pragmatism and Democracy*, op cit, Tibor Machan, *Posner's Rortyite (Pragmatic) Jurisprudence*, 1995, *American Journal of Jurisprudence*, vol 40, pp 361-375 ; Richard Rorty, *Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress*, 2007, *University of Chicago Law Review*, vol 74, pp 915-927.

droit²¹¹⁵. Pour Posner, il ne fait d'ailleurs aucun doute que le pragmatisme constitue « *the best description of the American judicial ethos and also the best guide to the improvement of judicial performance – and thus the best normative as well as positive theory of the judicial role* »²¹¹⁶. Cette affirmation oblige à définir ce qu'est le pragmatisme pour ne pas la vider de tout contenu.

Le pragmatisme est une disposition « *to base action on facts and consequences rather than on conceptualisms, generalities, pieties, and slogans. Among the pieties rejected is the idea of human perfectibility; the pragmatist's conception of human nature is unillusioned. Among the conceptualisms rejected are moral, legal, and political theory when offered to guide legal and other official decision making* »²¹¹⁷. Cette conception ne doit cependant pas faire oublier que Posner a bien conscience de la difficulté de définir le pragmatisme²¹¹⁸ et qu'il ne retient qu'une des versions de celui-ci (qu'il forge d'ailleurs). Elle est liée à la vision instrumentale du droit. *La théorie du droit et la théorie de la décision sont constitutives d'une de l'autre* : sans accent sur la dimension instrumentale du droit, le pragmatisme perd une de ses dimensions (et surtout sa « légitimité ») ; sans accent sur le pragmatisme, la dimension instrumentale du droit disparaît²¹¹⁹. Cette conception reprend le projet négatif et il s'agira ici de dépasser cette négativité en spécifiant des éléments plus « positifs ».

Nous ne nous pencherons pas ici sur la distinction que Posner développe entre le pragmatisme philosophique (ou plus précisément les pragmatismes philosophiques) et le « *everyday pragmatism* »²¹²⁰ puisque cette distinction ne sert pas directement notre approche. Nous analyserons les fondements de son pragmatisme légal (la seconde sorte de pragmatisme) (1) ainsi que les critiques « fondamentales » qu'il est possible de lui adresser à l'intérieur de son système de référence (2)²¹²¹. *Posner propose une nouvelle méthodologie d'approche des problèmes juridiques qui ne peut pas être autonome, puisqu'elle ne peut pas, même théoriquement, évacuer les problèmes de valeurs.*

²¹¹⁵ Ce point est par exemple souligné par Elisabeth Krecké, *Economic Analysis and Legal Pragmatism*, op cit, notamment p 426.

²¹¹⁶ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 1. Signalons qu'il fait une référence spatiale concernant la validité de son approche.

²¹¹⁷ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 3; cette formulation fait écho à (mais aussi complète) Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 227

²¹¹⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 24 (Posner distingue d'ailleurs, dans le chapitre 1, cinq interprétations de l'idée de pragmatisme).

²¹¹⁹ Notons que c'est l'ensemble du système proposé par l'analyse économique du droit qui est lié de la sorte (nous oserions même avancer que toute théorie du droit implique une théorie de la décision et que toute théorie de la décision juridique implique une théorie du droit) . Les axiomes de base de l'analyse conduisent à cette conception.

²¹²⁰ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, chapitre 1.

²¹²¹ Pour des critiques « externes » voir par exemple, Ronald Dworkin, *Darwin's New Bulldog*, op cit; David Luban, *What's Pragmatic About Legal Pragmatism*, 1996, *Cardozo Law Review*, vol 18, pp 43-73. Pour les critiques internes, nous irons au delà

Même si le pragmatisme de Posner n'apparaît pas « parfait », c'est dans sa relation avec l'analyse économique du droit qu'il nous intéresse, que sa définition et ses imperfections sont « pertinentes ». Si l'analyse économique du droit fait partie du projet du pragmatisme (et ne s'appréhende pas de façon strictement autonome), elle ne peut pas le dépasser du point de vue de la validité et lui reste subordonnée : *toutes les limites du pragmatisme « retombent », presque mécaniquement, sur l'analyse économique du droit lorsqu'elle se pense en termes de théorie de la décision*. Dès lors, la valeur du raisonnement économique en matière juridique devra être « qualifiée » et ne pourra être « acceptée » par ses simples qualités formelles. La question des liens entre le pragmatisme et l'analyse économique du droit fera l'objet de la seconde sous partie de ce paragraphe.

1. Les fondements du pragmatisme légal de Posner, modifier l'angle d'attaque pour les problèmes juridiques

Contrairement à ses premiers ouvrages dans lesquels il recommandait une approche pragmatique du problème de la décision sans développer, ni discuter ses fondements et ses méthodes²¹²², Posner tente d'explicitier, dans *Law, Pragmatism and Democracy*, son pragmatisme légal à travers douze grands principes abstraits²¹²³. Ces principes visent à expliciter sa définition « générale » du

de la simple critique liée au manque de précision dans sa définition du pragmatisme, soulignée par de nombreux commentateurs (par exemple : Frank Ravitch, *Can Old Dog Learn New Tricks ? A Nonfoundationalist Analysis of Richard Posner's The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit; Jeffrey Rosen, *Overcoming Posner*, 1995, *Yale Law Journal*, vol 105, pp 581-610).

²¹²² La plupart des principes soulevés par Posner apparaissent cependant dans ses ouvrages antérieurs et la philosophie d'ensemble peut apparaître plus « claire » grâce à ceux-ci (même si certaines évolutions de sa pensée peuvent apparaître). Voir par exemple : Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, spécialement chapitre 19 *So What Has Pragmatism to Offer Law* (dans lequel il souligne notamment le lien avec le réalisme et une partie de la « philosophie » sous-jacente) ; Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, spécialement chapitre 15 *A Pragmatic Manifesto* (il s'agit d'ailleurs de la première présentation de cette approche dans un des ouvrages de Posner. Comme toute première présentation, elle peut apparaître plus floue mais laisser aussi entrevoir une grande partie de la logique posnérienne. Posner signale 8 points pour son approche. Tous ne sont pas repris explicitement dans sa formulation la plus récente) ; Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, spécialement chapitre 4 (dans lequel il commence à essayer de définir plus systématiquement le pragmatisme, notamment pp 240-243). Signalons aussi, Richard Posner, *Federal Courts : Crisis and Reforms*, 1985, Harvard University Press, Cambridge, 365 pages (qui commence à développer, en creux, l'idée du pragmatisme même s'il ne s'agit pas du thème principal de l'ouvrage ; cet ouvrage est intéressant puisqu'il est antérieur aux premières formulations du projet « positif »).

²¹²³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, chapitre 2 pp 57-85 (pour la présentation des différents principes), spécialement pp 59-60 (pour la liste des différents principes). L'introduction de l'ouvrage est aussi pertinente sous cet angle. Ces principes constituent des « abstractions utiles » mais Posner semble privilégier la « compréhension » de sa méthode par l'étude de cas (comme il le fait aussi avec l'analyse économique du droit).

pragmatisme comme « disposition » (*supra*) et ne sauraient la remplacer²¹²⁴. Ces principes, nous y reviendrons, cadrent avec la perspective avancée par l'analyse économique du droit.

Il serait fastidieux et inutile de revenir ici dans le détail de ces douze principes²¹²⁵. Comme « bornage » supérieur de l'analyse économique du droit, et comme nouvel angle d'attaque des problématiques juridiques, certains points apparaissent cependant particulièrement « pertinents » pour saisir la logique posnérienne.

1. Le pragmatisme de Posner est tout d'abord lié à sa conception instrumentale du droit²¹²⁶. Dès lors que le droit a une fonction et n'est pas strictement valorisé pour lui-même, la méthode de décision se doit de respecter cette fonction (il serait cependant plus judicieux d'utiliser un pluriel si nous souhaitons appréhender l'idée de fonction sans l'idée d'ensemble de fonctions). Comme l'explique l'auteur, le raisonnement juridique se fait en deux temps. Dans le premier il s'agit de dégager la fonction de la ou des règles « légales »²¹²⁷. Il s'agit ensuite de décider « *what outcome in the case at hand would serve that purpose best* »²¹²⁸. Le problème reste de déterminer ce que recouvre la fonction du droit, ce qui demande une théorie du droit.

2. Le raisonnement juridique doit avoir pour objet le présent et le futur et non le passé : « *Legal pragmatism is forward looking, regarding adherence to past decisions as a (qualified) necessity rather than as an*

²¹²⁴ Cette affirmation est quelque peu mystérieuse dans la mesure où il ne précise pas l'articulation entre les principes et la définition (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 85)

²¹²⁵ Il nous suffit ici de reproduire le résumé que nous propose Posner (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, pp 84-85) : « *In brutally brief summary, legal pragmatism is not concerned just with immediate consequences, is not a form of consequentialism, is not hostile to social science, is not Hartian positivism, is not legal realism, is not critical legal studies, is not unprincipled, and does not reject the rule of law. It is resolutely antiformalist, it denies that legal reasoning differs importantly from ordinary practical reasoning, it favors narrow over broad grounds of decision at the outset of the development of an area of law, it is friendly to rhetoric and unfriendly to moral theory, it is empirical, it is historicist but recognizes no "duty" to the past, it distrusts exception less legal rules, and it doubts that judges can do better in difficult cases than to reach reasonable (as distinct from demonstrably correct) results* ». Le pragmatisme est donc défini à la fois positivement et négativement mais la « définition » proposée ne permet de le saisir que de façon « impressionniste ».

²¹²⁶ Etrangement ce point n'est pas mis en avant par Posner lorsqu'il expose ses principes. Ce point apparaît néanmoins dans ses ouvrages précédents (Par exemple, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 460 « *Law is functional* » ; voir aussi Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 403). Ce positionnement est central et conditionne la suite du raisonnement proposé par Posner.

²¹²⁷ Posner passe d'ailleurs un peu rapidement sur l'interprétation de cette « fonction » et sur l'identification des textes dont la fonction doit être étudiée. Nous reviendrons sur ces points par la suite.

²¹²⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 67

ethical duty »²¹²⁹. Nous retrouvons ici l'un des points centraux du pragmatisme de Posner et, au moins indirectement, l'un des apports principaux de l'analyse économique du droit au raisonnement juridique²¹³⁰. Concrètement, le juge doit tenir compte des incitations et donc des conséquences qu'engendrera sa décision. Le problème n'est donc pas de « réparer » ou de « restaurer » une situation, car ceci est parfaitement impossible (si une personne perd un proche, l'indemnisation ne « répare » rien du tout). Le problème principal est de donner les meilleures incitations pour éviter, ou au moins limiter, les « gaspillages » futurs²¹³¹.

Cette approche n'est pas « légaliste » (et donc formaliste au sens langdellien, sauf si ce formalisme est une stratégie pragmatique) ; si la sécurité juridique (à travers, par exemple, le « respect » du sens « commun » dans l'interprétation), l'impartialité, la continuité, la généralité et la cohérence du système juridique sont des paramètres à prendre en compte²¹³², ils ne permettent pas d'appréhender l'ensemble du problème juridique présenté (puisque le droit est instrumental²¹³³) et ne permettent donc pas, selon Posner, de prendre une décision « pragmatique » (sauf si le respect du légalisme engendre des conséquences statistiquement meilleures, auquel cas le pragmatisme se transformerait en formalisme²¹³⁴). Ces paramètres ne sont valorisés qu'au regard de leurs

²¹²⁹ Il s'agit du 5^e point de Posner (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 60).

²¹³⁰ Cette logique de raisonnement semble même dépasser le simple cadre de l'analyse économique du droit ou du pragmatisme pour s'installer comme méthode possible du raisonnement juridique (en ce sens, Ward Farnsworth, *The Legal Analyst, A Toolkit for Thinking About Law*, op cit, spécialement chapitre 1 entièrement consacré à cette question).

²¹³¹ L'exemple proposé par Farnsworth aide à mieux saisir cette logique (Ward Farnsworth, *The Legal Analyst, A Toolkit for Thinking About Law*, op cit, spécialement pp 3-5). Une personne entre dans une banque, prend un otage et menace de le tuer si la guichetière ne lui tend pas tout l'argent qu'elle a devant elle. La guichetière refuse et l'individu met sa menace à exécution avant de s'enfuir. Les héritiers de l'otage demandent une indemnisation à la banque. La première approche, orientée vers le passé, serait de se demander s'il aurait été « juste » que la guichetière donne la somme d'argent ou de rechercher la solution « juridique » (si elle existe). La seconde approche serait d'essayer de comprendre les conséquences d'une condamnation de la banque. Logiquement (et schématiquement) celle-ci inciterait les « potentiels » criminels à prendre des otages, ce qui n'est pas souhaitable ; elle doit donc être innocentée pour des raisons pragmatiques. Notons que la logique suivant laquelle « on ne négocie pas avec des terroristes » suit la même ligne d'argumentation. Certes la négociation permettrait peut-être d'épargner quelques vies sur le court terme mais sur le long terme, elle renforcerait l'intérêt pour le terrorisme. Ce raisonnement s'étend aussi à des questions « éthiques » comme la peine de mort (si le raisonnement juridique est strictement conséquentialiste). Si celle-ci est perçue de façon instrumentale, le problème n'est pas de savoir si cette option est « juste » ou « moralement acceptable » mais de savoir si elle a un effet et si le « coût » de cette mesure est inférieur à ses « bénéfices ». C'est en suivant cette logique que la plupart des travaux en analyse économique du droit sont construits.

²¹³² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 61

²¹³³ C'est pour cette raison que Dworkin et Posner ne peuvent s'accorder et que toute théorie qui vise à sacraliser un droit (par exemple les droits de l'homme) est en principe hostile à cette approche.

²¹³⁴ Ce point est d'ailleurs envisagé par Posner (Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 64)

conséquences (par exemple en termes de prédictibilité²¹³⁵) et entrent dans un « calcul » plus général mené par le juge²¹³⁶. Dès lors que le résultat de l'approche formaliste traditionnelle semble « absurde », le juge se doit d'intervenir (quelques nuances seront précisées par la suite). Comme l'explique Posner, « *The past is repository of useful information, but it has no claims on us. The criterion for whether we should adhere to past practices is the consequences of doing so for now and the future* »²¹³⁷. Ceci découle directement de l'approche instrumentale du droit. Les règles juridiques étant forgées pour répondre à certains besoins historiquement situés, la règle peut ne plus être justifiée à un autre moment historique. Des arbitrages peuvent donc se réaliser et, pour Posner, c'est au juge que revient une partie (et seulement une partie) de cette tâche²¹³⁸.

3. Se concentrer sur le présent et le futur suppose de s'intéresser aux conséquences des décisions juridiques. Posner prévient cependant que le pragmatisme, s'il tient compte principalement des conséquences, n'est pas « parfaitement » conséquentialiste²¹³⁹ ; il n'en est qu'une forme « tronquée », notamment de l'appareil philosophique.

Les conséquences susceptibles d'être prises en compte ne sont pas « spécifiées » contrairement à l'utilitarisme qui ne met l'accent que sur certaines classes de conséquences (et qui peut alors conduire « *to just the kind of dogmatic absurdities that pragmatists are determined to avoid* »²¹⁴⁰). Ainsi la réaction de l'opinion publique ou la dimension « émotionnelle » d'un cas peuvent faire partie des paramètres utilisés par le juge. De même, Posner avance l'idée que les considérations pour la justice ou l'égalité se dissolvent, lorsqu'elles sont analysées avec précaution, dans des

²¹³⁵ Plus fondamentalement nous retrouvons les éléments développés par Lon Fuller sous l'angle de l'efficacité du système d'incitation (*supra*, section 1). De même, Hayek valorise la tradition dans la décision car il considère que celle-ci est plus « efficiente » mais aussi plus respectueuse des libertés.

²¹³⁶ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 242 : « *Judges often must choose between rendering substantive justice in the case at hand and maintaining the law's certainty and predictability* ».

²¹³⁷ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 6. Le problème reste cependant de déterminer la valeur à attribuer au passé. Dans le même sens, Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 242.

²¹³⁸ Indirectement, ce point se retrouve dans Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 458. Nous aurons l'occasion de revenir sur la question du pouvoir du juge et de l'optimalité de l'espace de leur pouvoir discrétionnaire. Notons que Portalis suit la même logique, même s'il fait appel à l'esprit des lois (Jean Etienne Marie Portalis, *Discours Préliminaire au Premier Projet de Code Civil*, [1801] 2004, Confluences, Bordeaux, 78 pages, p 19 : « *Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »).

²¹³⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 65. Ce principe, qui est le 4^e dans l'ouvrage, fait l'objet des développements les plus importants.

²¹⁴⁰ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 65

considérations relatives aux conséquences, ces termes ne servant qu'à masquer la dimension pragmatique de la décision²¹⁴¹.

Les conséquences prises en compte ne sont pas strictement relatives au cas d'espèce présenté mais elles incluent des considérations systémiques (comme celles relatives à la cohérence du système²¹⁴²). Elles n'embrassent pas non plus une seule dimension temporelle, le court terme et le long terme sont donc valorisés. Il ne semble cependant pas exister de « règles » touchant la détermination de ces conséquences (cf. *infra*).

Pour Posner, tous les arguments ne sont pas conséquentialistes, même s'il reconnaît que tout argument « non conséquentialiste » peut être reformulé en termes conséquentialistes²¹⁴³. Il n'explique pas précisément la limite de la transformation d'un argument non conséquentialiste en un argument conséquentialiste en considérant que certains arguments ne sont pas conséquentialistes « *in a useful sense of the word* »²¹⁴⁴. Posner prend l'exemple des décisions qui sont rendues sur la seule base de l'interprétation et qui ne peuvent pas être considérées, pour lui, comme conséquentialistes ; ces arguments ne semblent pas conséquentialistes en raison de leur « fonction ». Sauf cas extrême, ils conduisent (ou ils semblent conduire) le juge à rendre une décision sur leur seul fondement²¹⁴⁵.

Le pragmatisme n'est pas un conséquentialisme « pur » dans la mesure où certaines conséquences ne sont pas prises en compte. D'une part, le pragmatisme reconnaît que les capacités cognitives ne sont pas illimitées ; dès lors, toutes les conséquences ne peuvent pas être « découvertes » et donc prises en compte²¹⁴⁶. D'autre part, le pragmatisme reconnaît que le juge s'insère dans un système et que celui-ci contraint son « conséquentialisme »²¹⁴⁷. S'il existe un juge et un législateur,

²¹⁴¹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 67 : « *Like legal formalism, justice talk at the judicial level is mainly rhetoric, usually disguising pragmatic judgments* ».

²¹⁴² N'oublions pas que Posner raisonne à partir d'un modèle de Common Law. Dès lors les considérations systémiques sont bien différentes que dans la situation où le droit écrit est beaucoup plus présent.

²¹⁴³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 67

²¹⁴⁴ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 67

²¹⁴⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 67 : « *the judge will decide the case as if "bound" by the contractual or statutory language or by the precedents and not worry about whether the decision will produce the best consequences* ». Il serait possible de retrouver, imparfaitement, la logique raziennne.

²¹⁴⁶ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, pp 70-71

²¹⁴⁷ Étrangement il ne précise pas les contraintes systémiques pesant directement sur les juges et ne mentionne que la séparation des pouvoirs. Il semblerait que Posner envisage une théorie normative et positive de la décision judiciaire. Son problème n'est pas d'expliquer le pourquoi ou les contraintes pesant effectivement sur le juge. Il cherche à expliquer à la fois positivement et normativement (la frontière entre les deux n'apparaît d'ailleurs pas très claire) ce qu'est le pragmatisme.

cette division des fonctions doit subsister en partie (car elle témoigne de différents niveaux d'arbitrage), même si le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre²¹⁴⁸. Ainsi, lorsqu'un acte législatif spécifie (ou, plus précisément, réussit à délimiter, au moins partiellement) les conséquences à prendre en compte, leur pondération, ou les objectifs de l'acte de façon non ambiguë (ce qui est beaucoup plus rare et conduit à limiter les classes de conséquences pouvant être prises en compte par le juge), le juge ne peut s'opposer au législateur que dans des circonstances exceptionnelles, « *for judges to conduct guerrilla warfare against legislatures and higher courts is destabilizing, and in general a bad thing, but it is not always worse than the alternative* »²¹⁴⁹.

Cette dernière position est ambiguë. Posner souhaite se distinguer du positivisme hartien dans la mesure où il rejette la possibilité de cas « clairs » (ou plus précisément parfaitement clairs, tout en reconnaissant que certains cas « sont » clairs). Il ne s'agit donc pas pour le juge pragmatique de s'arrêter au sens littéral lorsque son application semble « claire », même s'il s'agit d'une solution « pragmatique » dans la plupart des cas²¹⁵⁰. « *The principle mentioned earlier that statutes are not to be read literally when doing so would produce absurd consequences implies that there are few if any cases in which consequential considerations could not possibly be decisive [...] The pragmatic approach permits the judge to pry open the closed area, though cautiously, upon a careful sifting of the consequences of doing so, of somewhat unsettling the law in order to achieve some immediate practical goal* »²¹⁵¹. Si ce sont les conséquences concrètes qui constituent systématiquement la toile de fond pour le juge pragmatique, et s'il est possible, au nom de ces conséquences, de modifier la jurisprudence ou de ne pas « respecter » un texte, ne peut-on pas considérer que la valorisation de l'interprétation littérale est, elle-même, conséquentialiste et que le problème se situe avant tout au niveau de la pondération des conséquences ? Cette interprétation nous semble mieux traduire la vision du professeur de

²¹⁴⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 70 : « *Where the pragmatist is likely to differ from a more conventional legal thinker in this regard is in believing that there should probably be some escape to hatch from virtually any rule curtailing judicial discretion* ».

²¹⁴⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 71. Ce point sera particulièrement utile pour mieux saisir la différence dans l'intérêt de l'analyse économique du droit dans les pays de droit écrit et dans les pays de common law (voir aussi Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 64 : « *legal formalism could be a sound pragmatic strategy by analogy to rule utilitarianism. Could be but is unlikely to be in a complex, case based rather than code based legal system, above all in the most powerful court in our heavily case based system, the United States Supreme Courts* »).

²¹⁵⁰ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 82. C'est en ce sens que le pragmatisme n'est pas un « ajout » au formalisme classique.

²¹⁵¹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 82. Dans le même sens Posner explique que : « *When the consequences are not catastrophic or absurd, it usually is sensible to go with the plain meaning of a statute or contract in order to protect expectations and preserve ordinary language as an effective medium of legal communication* » (ibid).

Chicago²¹⁵². Nous retrouvons ainsi la difficulté de l'articulation entre les normes et les méta-normes.

4. Afin de déterminer les conséquences, Posner considère que l'approche empirique est, si ce n'est la seule valable, au moins la méthode privilégiée²¹⁵³ puisque c'est elle qui a permis à l'homme de contrôler son environnement. Elle permettrait par ailleurs d'éviter tout dogmatisme dans la solution²¹⁵⁴. Dès lors que le droit est instrumental et qu'il vise à modifier le réel, c'est cette modification du réel qui est pertinente pour la décision. *Toute théorie permettant de mieux comprendre l'impact d'une décision ou d'une règle juridique sur le réel est pertinente pour le juge pragmatique*. Implicitement Posner considère même qu'il est nécessaire d'analyser différentes théories susceptibles d'éclairer les conséquences.

Cet empirisme n'empêche pas de tenir compte des principes juridiques car ceux-ci peuvent « orienter » le juge vers certaines classes de faits. Seuls les principes qui orientent vers les faits sont pertinents pour Posner²¹⁵⁵, les principes qui visent à se soustraire à une telle analyse sont suspects, voire même « inutiles » car « inutilisables ».

Le problème principal est alors de fournir des informations de « bonne qualité » (ou des méthodes « acceptables ») au juge, notamment les informations lui permettant une approche plus « globale » du droit (via la logique des incitations et la meilleure compréhension du fonctionnement des marchés). Pour Posner, l'avancée des sciences sociales conduit le juge (et doit conduire le juge) à utiliser ces nouveaux outils qui permettent de mieux saisir les conséquences des actions : *« Economics, psychology both cognitive and abnormal, evolutionary biology, statistics, and historiography have all advanced since Holmes wrote. New methods of apprehending social behavior, such as game theory, have emerged. We know more about the social world than Holmes could have known. We should be able to*

²¹⁵² Les critères utilisés par Posner sont pertinents sous cet angle (infra). Signalons dès à présent que Posner considère que *« judges have got to understand that the only sound basis for a legal rule is its social advantage, which requires an economic judgment, balancing benefits against costs »* (Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 208). Cette conception est légèrement infléchie dans ses derniers ouvrages mais permet de mieux saisir la logique sous-jacente de ses raisonnements.

²¹⁵³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 9. Pour Ravitch (Frank Ravitch, *Can Old Dog Learn New Tricks ? A Nonfoundationalist Analysis of Richard Posner's The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 977), Posner semble trouver dans la méthode empirique et la méthode scientifique une *« magical cure for the ills of legal scholarship and legal decision making, but this oversimplifies the indeterminacy of much empirical research in the social sciences and economics »*. Nous aurons l'occasion d'expliciter ce point plus avant dans la suite de nos développements. Certains points ayant déjà été mentionnés dans le précédent paragraphe sur l'empirisme, nous ne reviendrons pas sur ces éléments.

²¹⁵⁴ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 76

²¹⁵⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 75

avoid his mistakes»²¹⁵⁶. La référence à Holmes n'est pas anodine puisque Posner est « guidé » par les principes holmesiens (tout en précisant que le pragmatisme n'est pas un simple retour au réalisme). Pour Posner, le fonctionnement du système juridique reste « archaïque » puisqu'il ne tient pas compte des avancées et des emprunts qu'il pourrait faire aux sciences sociales pour rendre des décisions plus pertinentes du point de vue social.

Il reconnaît cependant que cette approche n'est pas infaillible et que des erreurs seront commises. En effet, la manipulation des données des sciences sociales par le juge suppose une formation qu'il n'a généralement pas (demandons à un étudiant en droit s'il connaît et sait utiliser la loi de Poisson ou s'il sait à quoi correspond un coefficient de corrélation²¹⁵⁷). Le juge risque alors de faire une mauvaise utilisation des théories et des données fournies par les sciences sociales²¹⁵⁸. « *This deficit of judicial knowledge cannot be cured or elided, but only concealed, by formalist adjudication* »²¹⁵⁹. Il ne faudrait pas s'arrêter à ce risque d'erreur et percevoir la nécessité d'un apprentissage (qui implique des erreurs). Une formation empirique plus poussée devrait ainsi permettre, pour Posner, d'améliorer le travail des juges, sans pour autant réussir à résoudre toutes les difficultés et éviter toutes les erreurs.

5. Une fois les conséquences déterminées ou relativement « déterminables » grâce aux sciences sociales²¹⁶⁰, se pose le problème de leur prise en compte dans la décision. Posner est assez elliptique sur ce point : « *there is no algorithm for striking the right balance between rule of law and case specific consequences, continuity and creativity, long term and short term, systemic and particular, rule and standard* »²¹⁶¹. Pour autant, la décision pragmatique ne serait pas une décision *ad hoc*. Le juge pragmatique tenterait de rendre « *the most reasonable decision [...], all things considered* »²¹⁶², ce qui implique de tenir compte des valeurs de continuité, de cohérence, de généralité, d'impartialité ou

²¹⁵⁶ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 211. Voir aussi Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 458.

²¹⁵⁷ Notons que certains ouvrages et certains enseignements aux Etats-Unis visent directement une introduction aux méthodes analytiques appliquées au droit.

²¹⁵⁸ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 255

²¹⁵⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 76

²¹⁶⁰ Le problème est plus complexe puisqu'il semble que la décision se fasse en trois temps. Dans le premier, le juge recherche les conséquences possibles. Dans le deuxième, il sélectionne les conséquences « pertinentes ». Dans le troisième, il « agrège » ces conséquences pour aboutir à une décision. Le critère proposé par Posner s'applique aux deux dernières étapes.

²¹⁶¹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 64

²¹⁶² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 64, voir aussi p 13

encore de prédictibilité²¹⁶³. Pour Posner, il n'y a d'ailleurs presque rien à ajouter à ces préceptes. Ceux-ci constituent du « cœur » du pragmatisme légal et de la dimension la plus intéressante pour lier le pragmatisme et l'analyse économique du droit.

Finalement, Posner cherche à rentrer dans la dimension « expérience » de Holmes. Le droit ne pouvant être réduit à une pure logique, l'expérience devrait permettre de réaliser certains arbitrages. Posner adhère ainsi aux propos de Holmes : « *The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become* »²¹⁶⁴. La justification n'est plus strictement logique mais tend vers la pure rhétorique, voire même vers le sophisme, méthodes auxquelles la décision pragmatique est ouverte²¹⁶⁵ (tout en restant fermée, paradoxalement, au questionnement philosophique). La décision doit être informée mais ne peut pas être strictement dérivable.

Le problème n'est d'ailleurs pas d'atteindre ou de rechercher une forme de vérité²¹⁶⁶, le raisonnable s'inscrit surtout dans une culture et dans une logique intersubjective. Posner explique ainsi : « *I shall argue for objectivity as a cultural and political rather than epistemic attribute of legal decisions* »²¹⁶⁷. La neutralité « épistémique » est donc impossible.

6. Le pragmatisme n'est pas pour autant un postmodernisme même s'il en présente certaines affinités²¹⁶⁸. Posner considère ainsi que le pragmatisme n'est pas « marqué » politiquement comme, par exemple, les *Critical Legal Studies* ou le *Legal Realism*. Il n'est pas non plus autant destructeur que le postmodernisme, tout en étant utilement destructeur. Le pragmatisme semble rechercher une « neutralité » toujours impossible à travers sa « scientificité » ou son

²¹⁶³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 61

²¹⁶⁴ Oliver Holmes, *Common Law*, op cit, p 1

²¹⁶⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 83, voir aussi p 12

²¹⁶⁶ Par exemple, Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 7, 10, 36, 395

²¹⁶⁷ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 26

²¹⁶⁸ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 10; voir aussi Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 84

« empirisme »²¹⁶⁹ susceptibles, pour Posner, de réduire l'espace de choix « politique ». Le pragmatisme n'est pas suffisamment relativiste pour être postmoderne.

Posner opère, à travers son pragmatisme légal, une forme de retour²¹⁷⁰ vers la rationalité pratique, au sens aristotélicien du terme, sans nécessairement en comprendre toutes les implications, notamment en ce qui concerne l'attitude du juge ou la question de la sélection des fins²¹⁷¹. Le problème est celui de déterminer un juste milieu entre un excès et un défaut, et cette détermination n'est pas purement scientifique mais informée par les sciences (et refuser cette information ou ne pas la rechercher n'est pas satisfaisant – d'où certainement le rejet des méthodes de réflexion strictement a priori). L'analyse des conséquences empiriques de chacune des options est une donnée dont le juge a besoin mais elle ne lui permet pas de rendre une décision sur cette seule base. Cette rationalité pratique agit également sur la sélection des éléments à faire entrer dans l'analyse (même si Posner ne mentionne pas directement cette dimension).

Cette hypothèse est renforcée par l'absence de spécificités du raisonnement juridique : « *If the everyday pragmatic approach to law is right, there is no special analytical procedure that distinguishes legal reasoning from other practical reasoning* »²¹⁷². Posner utilise directement l'idée de raisonnement pratique sans rentrer plus avant dans l'étude théorique de cette catégorie.

L'analyse proposée par Posner est certainement séduisante mais elle n'est pas sans limites ou sans difficultés et apparaît même creuse.

2. les limites du pragmatisme de Posner, l'absence d'une parfaite autonomie du raisonnement

Le pragmatisme de Posner a été souvent attaqué et il ne s'agira pas pour nous de synthétiser l'ensemble des critiques internes et externes. Nous nous intéresserons spécifiquement aux problèmes qui rejaillissent, au moins indirectement, sur l'analyse économique du droit ou qui

²¹⁶⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 84 (implicitement)

²¹⁷⁰ Le retour est imparfait car il est biaisé par la modernité.

²¹⁷¹ Ce point sera développé dans la seconde partie de notre thèse.

²¹⁷² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 73. D'autres propositions de Posner doivent être nuancées. Il indique ainsi à la même page que « *there is no intrinsic or fundamental difference between how a judge approaches a legal problem and how a businessman approaches a problem of production or marketing* ». S'il est vrai que nous sommes en face d'un problème de décision, cette proposition pourrait obscurcir l'idée de « jugement » (pour que la proposition soit exacte, il serait donc nécessaire de spécifier certains des termes employés).

permettent d'en comprendre le « bornage » (nous serions même tenté d'évoquer un « bornage négatif » tant l'idée de pragmatisme est ouverte).

Trois points principaux ressortent de l'analyse. D'une part le pragmatisme de Posner n'est pas « autonome » car il ne peut faire abstraction du problème des valeurs (a). Décider pragmatiquement suppose de faire intervenir des valeurs et cette méthode ne peut pas être neutre. D'autre part, le pragmatisme proposé par Posner n'est pas une méthode de résolution mais une démarche (b). Il s'agit de pouvoir prendre une décision en étant « informé » sans que ces informations nous guident nécessairement vers une solution ; elles constituent des « classes » de justification possibles. S'il est impossible de savoir si l'agrégation des informations est « bien » faite, il est possible de savoir si l'individu a utilisé des arguments « empiriques » pour justifier sa décision. Le pragmatisme peut alors se lire comme un rejet des fondements ; le processus de prise de décision ne pouvant pas être « scientifique » sera rhétorique (c). En cela le pragmatisme de Posner se rapproche, à notre avis de la rationalité pratique antique (même si les postulats méthodologiques empêchent d'y retourner parfaitement).

Ces divisions nous permettent de mieux rendre compte des « problèmes » du pragmatisme, mais aussi de la nature profonde de l'entreprise de Posner. Les limites du pragmatisme conduisent alors à une reconstruction de celui-ci.

a. le problème de l'autonomie du pragmatisme : l'impossible rejet des valeurs

Le problème – ou l'insatisfaction – principal de l'approche proposée par Posner touche la détermination des fins²¹⁷³, c'est-à-dire l'identification des conséquences comme « bonnes » ou « mauvaises » (et donc la possibilité de qualifier normativement une décision). En effet, « *nothing in consequentialism or pragmatism helps to determine them* »²¹⁷⁴. Sans détermination des fins (c'est-à-dire des valeurs), aucune analyse coûts-bénéfices n'est possible et aucune approche « pragmatique » n'a de sens, dans la mesure où ce sont les fins qui déterminent la nature de coût ou de bénéfice d'une classe de conséquences particulières. Plus précisément, les fins déterminent la « norme » qui permet de transformer un fait en information, c'est-à-dire qu'elles permettent la possibilité de la qualification (sinon les « conséquences » restent des signaux privés de sens) et l'agrégation des conséquences (puisque sans relative unidimensionnalité la question de l'agrégation devient délicate). Une même conséquence peut être valorisée positivement ou négativement selon la

²¹⁷³ Il s'agit par exemple du point central de la critique proposée par Ilya Somin, Richard Posner's Democratic Pragmatism, 2004, *Critical Review*, vol 16, pp 1-22.

²¹⁷⁴ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 71

théorie des fins sous-jacente (et sans cette valorisation, l'agrégation est impossible). Une guerre habituellement observée dans ses conséquences « négatives » peut avoir une conséquence « positive » dans une perspective de relance de l'économie ou lorsque nous valorisons la loi du plus fort²¹⁷⁵. Plus largement toute appréhension normative des faits est normativement ancrée puisqu'un choix en la matière ne peut pas être neutre ; tout processus de décision suppose donc qu'une théorie des fins « entre » dans l'analyse même si elle est masquée par la méthode ou les choix qu'elle implique (et il s'agit d'une des « découvertes » les plus importantes de la déconstruction).

Le problème de l'identification des fins est renforcé par le rejet de l'essentialisme²¹⁷⁶ et du dogmatisme. En effet, s'il n'est pas possible de se tourner vers des principes premiers *a priori*, le problème de la détermination des « fins » reste ouvert. *Si le pragmatisme s'impose une fin, il implose puisqu'il devient la proie de ses propres critiques en sombrant dans le dogmatisme.* La fin n'est pas non plus dérivable du pragmatisme puisqu'une approche fondée sur les conséquences ne peut s'interroger sur les principes « premiers » (elle ne peut connaître que la relation et non le point). La fin ne peut pas non plus être dictée par le droit (et nous laissons de côté le problème de l'interprétation) : si l'un des principes pragmatiques est de pouvoir « pragmatiquement » ne pas suivre une règle en raison de ses conséquences, c'est bien que la détermination des fins se trouve, au moins partiellement, en dehors de la règle juridique. Elle ne doit cependant pas se trouver dans une approche « articulée rationnellement » par le juge, sans quoi le dogmatisme pourrait refaire surface. Il ne faudrait pas non plus que les fins ne soient pas articulées du tout, puisque dans ce cas le pragmatisme peut expliquer n'importe quoi et ne peut pas nous aider à distinguer une approche pragmatique d'une approche dogmatique, surtout lorsque les stratégies pragmatiques imposent de masquer ce pragmatisme. Nous savons d'ailleurs que Posner considère que le pragmatisme n'est pas une méthode de décision *ad hoc*.

La « théorie des valeurs » semble donc être ancrée – tout en étant susceptible d'évolution grâce à « l'expérience » et à « l'empirisme » – « au plus profond » de la conscience (ou de l'inconscient) du juge. Posner explique que « *different judges, each with his own idea of the community's needs and interests, will weigh consequences differently* »²¹⁷⁷. L'unité de son approche ne se retrouve que dans l'esprit d'ouverture véhiculé par son pragmatisme qui ne serait pas politiquement « orienté »²¹⁷⁸ puisque

²¹⁷⁵ Les analyses de Nietzsche sur ces différents points sont pertinentes, notamment dans Friedrich Nietzsche, *Par Delà le Bien et le Mal*, 2004, Hachette, Pluriel, Paris, 268 pages.

²¹⁷⁶ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 6; Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 4

²¹⁷⁷ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 71

²¹⁷⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 55, 84

cette orientation est « extérieure » au pragmatisme *stricto sensu* tout en lui étant nécessaire « pratiquement ». Ceci suppose, implicitement au moins, que la justification des fins (et leur « légitimité ») n'est pas un « problème » pratique, ce qui est pour le moins « contestable ». Notons cependant que la stratégie est habile puisqu'elle vise à se rendre compatible avec n'importe quelle approche et à éviter tous les problèmes du choix... en en faisant aucun²¹⁷⁹.

Ce résultat seul permet à l'approche posnérienne de conserver une « relative » cohérence (par rapport au programme de Posner qui n'est déjà pas neutre en raison de la vision instrumentale du droit, ce qui est incompatible avec son rejet du dogmatisme). Pour Posner, comme le juge ne peut pas ne pas avoir de valeurs, ces valeurs entreront nécessairement dans son choix et c'est en cela que le pragmatisme pourra conserver une certaine « autonomie » : *le pragmatisme n'a pas besoin de s'interroger sur les valeurs car les valeurs lui sont « données »* (même s'il ne permet pas d'identifier ce que pourrait signifier ce « données »). L'impartialité n'est donc qu'un idéal type qui, par définition, n'est jamais « pur » mais traduit plutôt une « acceptabilité » du processus de décision. La décision juridique ne peut pas échapper à sa dimension politique. Le pragmatisme ne se réduit pas à un arbitraire en raison de la nécessité du conséquentialisme (mais aussi pour qu'il conserve un sens) : Posner retrouve alors une logique procédurale. La méthode de justification « constitue » la validité de la décision juridique, même si l'évaluation de son résultat pourrait préjuger du contraire²¹⁸⁰.

b. Le pragmatisme comme « premiers pas » et non comme méthode complète de résolution

Si le pragmatisme « *may tend to dissolve law into policy analysis [...] there is no reason why it should dissolve law into careless, shortsighted, superficial policy analysis* »²¹⁸¹ (notons qu'il introduit déjà certains jugements de valeur). Le pragmatisme doit « contraindre » normativement d'une manière ou d'une autre la décision, sous peine de perdre tout son sens (et ainsi de ne pas être pragmatique). Sans un minimum de « fondations », le pragmatisme prôné par Posner n'a plus aucun sens normatif car il ne peut jamais guider le juge (mais avec des fondations, il risque d'imploser sur lui-même), et descriptif car il ne permet pas d'identifier la décision pragmatique (mais avec des fondations, le risque est de sombrer dans le dogmatisme). Comme l'explique Luban : « *legal*

²¹⁷⁹ Cette remarque est aussi faite par David Luban, What's Pragmatic About Legal Pragmatism, 1996, *Cardozo Law Review*, vol 18, pp 43-73, spécialement p 45 « *It stands free of philosophical controversy only because it stands free of all controversy, and it avoids controversy by saying very little* ».

²¹⁸⁰ A la limite, il serait possible de faire une analogie avec la pensée de Simon. Le juge posnérien ne dispose que d'une rationalité limitée et cherche la « satisfaction » (la raisonnable de Posner).

²¹⁸¹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 63

*pragmatism cannot be freestanding, at least if « legal pragmatism » means anything more than eclectic, result oriented, historically minded antiformalism »*²¹⁸².

Il s'agit donc d'identifier ce qui constitue une « bonne » analyse politique, autrement dit ce qui constitue un « bon » pragmatisme. Pour Posner, la « bonne » décision pragmatique est une décision « informée » par les approches empiriques et cherchant une solution raisonnable à un problème juridique. Néanmoins, la logique du pragmatisme l'empêche de se proposer véritablement comme une méthode de résolution (1). Il se réduit alors à un ensemble de « conseils » permettant de « commencer » la recherche d'une solution (2). La décision pragmatique tend alors vers la justification rhétorique (3) qui n'a plus rien de scientifique (nous retournons donc à la case départ, même si nous sommes à un niveau supérieur).

1. Le pragmatisme n'est pas une méthode de résolution

Du point de vue descriptif, l'analyse posnérienne semble « faible ». *L'approche peut en effet tout expliquer car elle souhaite tout expliquer... si bien qu'elle n'explique rien*²¹⁸³. Elle constitue une méthode de postrationalisation (voire même un simple postulat méthodologique) puisqu'elle reste totalement ouverte à la fois en ce qui concerne les éléments à prendre en compte, leur pondération, et même leur évaluation. Si même le formalisme peut être pragmatique comment être certain que le formalisme fustigé par Posner n'est en fait qu'un pragmatisme déguisé ? Comment identifier une décision « authentiquement » pragmatique ? Et si nous nous considérons « falsificationnistes », comme Posner, quel test susceptible de « prouver » l'invalidité de cette théorie est envisageable ?

Cette dernière question touche aussi l'aspect normatif de la question en le renversant. Normativement le problème est de savoir comment juger pragmatiquement (mais aussi pourquoi juger pragmatiquement, question dont la réponse demande de sortir du pragmatisme et nous renvoie à une théorie du droit : tout jugement normatif suppose une base pour le jugement et donc *in fine* une « dogmatique »). Positivement il s'agit de pouvoir identifier *ex post* ce jugement pragmatique. Or, le pragmatisme refusant le dogmatisme (et le formalisme) ne peut pas proposer une méthode précise (sans quoi il serait incohérent et implorerait sur lui-même... à moins d'accepter la maxime dadaïste), si bien que sa valeur normative se trouve essentiellement dans un principe de doute (d'où son éclectisme et sa prise en compte de l'histoire) et dans le choix de l'empirisme (qui constituent, tous les deux, une certaine forme de dogmatisme). De même, la

²¹⁸² David Luban, What's Pragmatic About Legal Pragmatism, op cit, p 49

²¹⁸³ Nous retrouvons cette critique chez Ilya Somin, Richard Posner's Democratic Pragmatism, op cit

valeur positive est réduite à une reconstruction *ex post*. Il n'existe aucun moyen de falsifier la logique du pragmatisme, ni aucun moyen non dogmatique permettant de la « juger ».

Faire un choix (ou refuser d'en faire) n'est pas neutre et pour garder une illusion de neutralité, la méthode se refuse à en faire. Elle ne peut donc pas permettre de « discriminer » entre différentes attitudes sur la base de sa « méthode » (à supposer qu'elle en soit vraiment une) car la discrimination suppose un choix et donc une certaine positivité dans l'analyse.

En supposant que le juge ne fait pas n'importe quoi, sa décision sera même logiquement « raisonnable ». Le critère posé par Posner n'est donc pas très contraignant et même tout aussi « malléable » que les critères imprécis de justice ou d'égalité critiqués par l'auteur. La plupart des critiques posées par Posner à l'encontre des approches classiques peuvent s'appliquer à l'idée du raisonnable comme critère de choix.

Par ailleurs, en ne définissant pas le raisonnable, il ne fait qu'étendre l'ensemble de référence pour la validation de l'approche : *tous les critères peuvent s'inscrire dans l'idée du raisonnable, si bien que toute décision est raisonnable, relativement aux critères permettant de définir le raisonnable*. Si nous nous plaçons dans une vue systémique, le juge rendra une décision raisonnable en raison même des contraintes du système. Ce que Posner ne semble pas voir, c'est que l'idée de raisonnable demande, elle aussi, une théorie des valeurs, ou au moins une réflexion sur celles-ci, sauf à considérer que l'idée de « raisonnable » est une idée émergente et « empirique », ce qui ne permettrait cependant pas de « démontrer » que telle ou telle décision n'est pas raisonnable. Le problème de la décision reste donc ouvert.

2. Le pragmatisme comme « premiers pas »

Le seul moyen de vérifier le pragmatisme d'une approche, dans la logique de Posner, est de vérifier si le juge a pris en compte l'ensemble (ou plus précisément un sous-ensemble satisfaisant) des « données ». *Le « pragmatisme » est donc plus l'attribut d'une démarche que la spécification d'une heuristique.*

Si le pragmatisme ne peut pas nous informer sur les fins, doit-on rejeter, pragmatiquement, toute approche – philosophique notamment – susceptible de nous informer sur ces fins ou essayant d'en rendre compte ? Cette rationalisation ne peut pas être empirique car l'empirique ne peut pas toucher les fins. La démarche de premier niveau suppose de reléguer cette question à un niveau supérieur, celui du choix et non celui de la « collecte » des informations. Le « pragmatisme » ne peut donc agir qu'à un niveau « inférieur » à celui du choix de la décision (sans percevoir que tout choix reste « marqué »).

Posner privilégie les théories assises sur des méthodes « empiriques » comme outils pour l'information de la décision (puisque le problème est celui des conséquences) ; la seule prescription de son pragmatisme vise l'utilisation des méthodes empiriques et des résultats des sciences sociales pour « s'informer » (et non pour « agréger » les informations) : « *pragmatists believe that the experimental method of inquiry is best* »²¹⁸⁴. Cette position suppose néanmoins une certaine conception du droit qui ne peut pas être neutre : le pragmatisme n'est valable que si le droit est perçu dans sa dimension instrumentale et il s'agit bien évidemment d'une prise de position.

Si le pragmatisme accepte toute approche susceptible « d'informer empiriquement » l'analyse, encore faut-il déterminer la « valeur » des « informations empiriques » obtenues. Par définition, une information est une donnée traitée, un « phénomène » appréhendé et « traité » dans le code d'une des approches assises sur des fondations empiriques. L'information n'est donc pas « pure » mais déjà « pétrie » d'un certain nombre de valeurs (ne serait-ce que parce que l'observation dans le cadre de la théorie ne peut pas être « pure » et peut même engendrer un phénomène de prophéties autoréalisatrices). Ces valeurs proviennent à la fois de la théorie (l'économie néoclassique et la sociologie bourdieusienne s'opposent sur un certain nombre de « valeurs », et sont toutes les deux difficilement falsifiables) mais aussi de la sélection des éléments à faire entrer afin de réaliser la prédiction (et le modèle protège les axiomes ; par exemple l'approche institutionnaliste et l'approche néoclassique), et même de la formulation des questions dans le cadre de chacune des approches. Le problème est alors de déterminer la valeur de chacun de ces résultats afin de réussir à obtenir une « vue globale » du problème. Il reste délicat de savoir à quoi correspond l'idée d'une information « biaisée ».

Si le système est trop « ouvert » à l'ensemble des analyses, il perd en pragmatisme puisque le coût de recueil et de gestion des informations devient rapidement prohibitif (mais aussi car toute méthode est potentiellement pragmatique). Dans ce cas, le pragmatisme nous « dira » qu'il y a des choix à réaliser mais ne pourra pas nous informer « concrètement » sur les méthodes à mettre en œuvre pour réaliser ces choix. La méthode ne doit être ni trop fermée ni trop ouverte.

La difficulté est en fait plus profonde : une fois des conséquences « empiriques » (ou plus précisément les conséquences dérivant de théories assises sur une base empirique) « potentielles » dégagées, comment déterminer celles qui sont pertinentes et comment les agréger ? Si toutes les théories (mais comment être certain de les avoir embrassées toutes ?) pointent dans la même direction en ce qui concerne les conséquences des solutions envisageables, il n'y a pas de difficulté « majeure », il suffira de retenir la solution en fonction de ses conséquences (même si la

²¹⁸⁴ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 9

magnitude de la solution apportée variera en fonction des conséquences considérées comme « plus pertinentes ». Si les différentes théories visant à rendre compte du comportement humain pointent dans des directions opposées (à la fois en ce qui concerne les conséquences et les solutions), comment choisir, pragmatiquement, les conséquences et les solutions « pertinentes » ?

La solution la plus simple serait de faire appel à une forme de darwinisme susceptible de sélectionner les théories permettant des prédictions pertinentes. Une théorie scientifique n'étant « valable » que parce qu'elle n'est pas réfutée empiriquement, au fur et à mesure de l'avancée des données empiriques, il devient plus difficile pour une théorie de survivre. Cette idée est d'ailleurs évoquée par Posner²¹⁸⁵ et justifie le « rejet » (ou au moins la suspicion) des théories qui ne peuvent pas être falsifiées²¹⁸⁶. Cette solution permet d'éliminer certaines approches lorsqu'elles sont falsifiables, ce qui est difficilement le cas en sciences sociales (si bien que cette solution n'est pas très opérationnelle, *infra*).

Le problème de second niveau est de déterminer ce qui constitue une falsification empirique d'une théorie (en supposant que la falsification empirique ne soit pas, elle aussi, une prise de position, ce qu'elle est déjà cependant²¹⁸⁷). Le risque est d'être confronté au phénomène de la ceinture de protection de Lakatos (ensemble de flexibilités permettant au « noyau » de « survivre » au choc des faits ; en économie nous retrouvons notamment le « toutes choses égales par ailleurs », *infra*) et au problème de la « mauvaise interprétation » ou « mauvaise application » de la théorie. Pourtant, si cette falsification constitue le critère de validation de la théorie et permet d'user de cette théorie pour informer la décision, elle est centrale puisque c'est à partir d'elle que la validité de l'utilisation de la théorie se crée. Force est de constater que Posner ne nous renseigne que peu en la matière.

Afin d'illustrer certaines difficultés de falsification en sciences sociales, nous pouvons revenir dans le contexte du droit. Supposons que l'armature doctrinale soit susceptible d'aider à prédire le comportement des juges (par hypothèse rationnels) et aussi de rendre compte des décisions des juges. Supposons que nous nous trouvions devant une « potentielle » exception à une théorie juridique. Trois stratégies s'offrent à nous. Nous pouvons tout d'abord considérer qu'il s'agit effectivement d'une exception, auquel cas nous ne chercherons pas à « sauver » la cohérence de la théorie et nous évoquerons un revirement radical de jurisprudence (il est même possible, in fine,

²¹⁸⁵ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 372 (sur le darwinisme).

²¹⁸⁶ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1560. Le problème est que la méthode utilisée par Posner traduit plus une attitude vérificationniste qu'une attitude falsificationniste (Jeanne Schroeder, *Just So Stories*, op cit). Le falsificationnisme nous semble d'ailleurs devoir être largement rejeté en matière de sciences sociales.

²¹⁸⁷ Cette question sera développée dans la seconde partie de notre thèse.

d'attaquer l'hypothèse de rationalité des juges). Il s'agira alors de reconstruire une théorie plus large que la théorie ancienne, et susceptible de tenir compte de ce nouvel évènement. Nous pouvons aussi tenter de « replâtrer » la théorie (ce qui suppose que nous ne nous situons pas dans une logique de falsification²¹⁸⁸), par exemple en rajoutant une exception, un paramètre, ou en spécifiant un champ de validité de la théorie ancienne. Nous pouvons enfin considérer que la théorie n'est pas remise en cause soit parce que le juge a fait « une erreur », soit parce qu'une analyse plus poussée « révèle » une approche parfaitement logique. Comment alors savoir si l'armature doctrinale a été falsifiée ?

Si une théorie ne vise qu'à approximer un phénomène – comme c'est généralement le cas dans les sciences sociales où les résultats sont avant tout statistiques –, la difficulté est encore plus grande puisqu'elle ne vise pas à prédire avec précision un phénomène, si bien que la distinction entre l'erreur assumée par la théorie et l'erreur dans la théorie est délicate à déterminer. Il sera aussi possible de considérer, lorsqu'une prédiction n'est pas vérifiée, qu'il y a eu une erreur de calcul, que certains éléments ont été négligés, qu'une probabilité faible s'est réalisée, qu'il y a eu une « erreur » dans l'application de la théorie, ou enfin que le résultat espéré n'est valable que si la théorie pouvait être testée en isolation ce qui n'est jamais le cas en sciences sociales. Le choix entre plusieurs théories pourra donc se révéler délicat alors que les théories pourront « prôner » des solutions différentes et mettre en évidence des conséquences opposées.

Si nous rejetons le falsificationnisme naïf pour rentrer dans la dimension de production et de qualification « sociale » des savoirs nous n'avons plus à faire qu'à des matrices ou des paradigmes (pour reprendre la logique kuhnienne) et même à des codes ou des systèmes de représentations « incommensurables ». La valeur de l'information au sein d'un champ disciplinaire²¹⁸⁹ correspondra à la valeur attribuée par une communauté scientifique à un résultat spécifique (ce qui constitue une stratégie défensive de justification des pratiques contrairement au falsificationnisme, beaucoup plus « agressif »). Poussée à l'extrême cette logique nous conduit à l'anarchisme méthodologique du « tout est bon » de Feyerabend et à une critique du choix même de la méthode (au sens de « bonne » méthode) scientifique par Posner (qui en révèle le « dogmatisme ») : « *la science est beaucoup plus proche du mythe qu'une philosophie scientifique n'est prête à*

²¹⁸⁸ Bien au contraire ! Signalons que ce replâtrage exigé par les « faits » est systématiquement possible et laisse de nombreuses marges de manœuvre (par exemple, Willard V.O. Quine, *Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism*, 1951, *The Philosophical Review*, vol 60, pp 20-43, spécialement pp 39-40).

²¹⁸⁹ La « bonne » méthode est « définie » par la communauté de chercheurs d'un champ particulier. Le problème est de savoir comment qualifier la méthode utilisée dans les autres champs disciplinaires lorsque cette méthode est différente. Il nous faudrait une méta-méthode qui n'existe cependant pas, une fois acceptée la dimension sociale des méthodes.

l'admettre. C'est l'une des nombreuses formes de pensées qui ont été développées par l'homme mais pas forcément la meilleure [...] Le falsificationnisme naïf tient ainsi pour acquis que les lois de la nature sont manifestes, et non pas cachées sous des perturbations d'une ampleur considérable ; l'empirisme que l'expérience des sens est un miroir du monde plus fidèle que la pensée pure ; le rationalisme enfin, que les artifices de la raison donnent de meilleurs résultats que le libre jeu des émotions »²¹⁹⁰.

Même si nous supposons que nous pouvons être « informés » véritablement par les théories se voulant empiriques (et pouvoir départager au moins certaines théories par rapport à d'autres sur une base « vérificationniste »), comment agréger les conséquences ressortant des analyses ? Quel poids accorder aux informations sociologiques, économiques, psychologiques, historiques, etc.²¹⁹¹ ? Et quel poids accorder aux différentes théories de chacune de ces disciplines ? Il est toujours possible de considérer le problème de l'agrégation comme un problème « d'expérience », le juge « apprenant » à jongler avec les différentes dimensions, mais rien ne permettra de « prouver » que l'expérience dépasse le dogmatisme ou que le critère véritable est celui du raisonnable plus que celui de la justice.

Valoriser la méthode empirique pose la question de la validité de la transposition des méthodes scientifiques (et d'une certaine épistémologie) au domaine du droit (et, plus largement, au domaine des sciences sociales²¹⁹²), problème négligé par Posner. Pour lui, la méthode scientifique est valable car, dans le passé, elle s'est révélée efficace pour conduire les individus à maîtriser leur environnement, et non parce qu'elle conduit à trouver le « vrai »²¹⁹³. Nous retrouvons une telle position chez Quine²¹⁹⁴.

Il est inutile de spécifier davantage les difficultés²¹⁹⁵ découlant de la recherche d'une substance véritable au pragmatisme posnérien. Celui-ci ne semble pas pouvoir se concevoir comme une théorie positive et normative du fonctionnement du juge. Normativement, il ne peut que constituer une première étape dans la recherche d'une solution (il faut avoir une approche éclectique, rechercher les conséquences empiriques et tenir compte de l'histoire, des contraintes

²¹⁹⁰ Paul Feyerabend, *Contre la Méthode, Esquisse d'une Théorie Anarchique de la Connaissance*, [1975] 1988, Points Seuil, Paris, 350 pages, pp 332-333.

²¹⁹¹ Nous retenons ici une conception « sociale » de l'idée de sciences sociales.

²¹⁹² Voir en cela les critiques formulées par Hayek (Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit)

²¹⁹³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 9

²¹⁹⁴ Willard V.O. Quine, *Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism*, op cit, p 41

²¹⁹⁵ Certains éléments supplémentaires seront donnés dans la seconde partie de cette thèse.

systémiques, etc.). Positivement, il permet de rationaliser les décisions des juges mais il ne permet pas d'identifier si le juge a « véritablement » été pragmatique. La décision pragmatique ne peut plus alors se justifier que sur des bases non scientifiques et même purement rhétoriques.

c. La décision pragmatique et la rhétorique, reconstruction de la décision pragmatique

Si le pragmatisme n'est qu'une première étape, le problème de la décision reste ouvert. Cette décision « devra » être informée et se « fonder » sur des considérations empiriques mais le problème de l'agrégation des conséquences ou même du choix des conséquences « pertinentes » ne relèvera plus d'une approche scientifique²¹⁹⁶.

La détermination des fins constitue le premier problème de la prise de décision. Cette détermination, par définition, ne peut pas se faire « rationnellement », sauf à appeler à une rationalité pratique qui s'éloigne des standards « scientifiques » ; les fins ne sont pas choisies à l'aide de la science mais à l'aide de la discussion. La détermination des fins permet de manipuler les conséquences identifiées en les qualifiant. Même si ce choix peut être masqué, il est implicite dans toutes les décisions si bien que le pragmatisme pourra réduire certaines difficultés concernant les valeurs, sans cependant pouvoir les réduire toutes.

Une fois les fins déterminées, la justification (la mise en mouvement des informations) ne pourra plus être que rhétorique²¹⁹⁷, même si Posner tente de spécifier les arguments « manipulables » en priorité (et c'est cette combinaison qui pourrait être considérée comme son « pragmatisme »). Nous savons d'ailleurs qu'il accepte la dimension rhétorique et même l'approche aristotélicienne de celle-ci. Il indique ainsi que « *He thought that when pruned of its most disreputable techniques rhetoric was a reasonable and indeed an inescapable method of persuasion in areas that exact reasoning could not reach* »²¹⁹⁸. Posner ne va pas jusqu'à distinguer les formes de raison (l'épistémè, la praxis et la techné) et manque alors un point fondamental²¹⁹⁹. En effet, l'évaluation de la rationalité pratique

²¹⁹⁶ Ce point sera développé dans la seconde partie de cette thèse et notamment dans son dernier chapitre.

²¹⁹⁷ En ce sens, Stanley Fish, *Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence*, 1990, *University of Chicago Law Review*, vol 57, pp 1447-1475, p 1452. Le problème sera de justifier que tel ou tel choix permet de promouvoir telle ou telle fin. Notons que l'espace rhétorique est limité par les fins et les connotations relatives à de telles fins.

²¹⁹⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 83. Dans Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 23, il positionne le problème autour de l'absence d'une homogénéité sociale, culturelle et politique. Il nous semble que le problème est plus profond puisque si l'accord sur les valeurs permet de réduire le problème, il ne permet pas de le dissoudre complètement (sauf, bien évidemment si l'homogénéité est parfaite et qu'un individu peut remplacer un groupe).

²¹⁹⁹ Nous aurons l'occasion de revenir sur cette logique dans la seconde partie de notre thèse.

dépend, pour lui, de la rationalité scientifique alors que ces rationalités appartiennent à des sphères différentes ; *s'il existe deux formes de rationalité, une rationalité ne peut pas être critiquée pour ne pas remplir les critères d'une autre forme.*

Le processus de jugement se situe dans un univers incertain et dans la reconnaissance de cette incertitude ontologique²²⁰⁰. Se focaliser sur une seule méthode d'information n'est donc pas suffisant, d'autant plus que cette information n'est pas parfaitement fiable en raison de la nature même du social et des théories en la matière. Posner pense implicitement que la multiplication des points de vue permettra de « débiaiser » le choix (et donc de mieux l'informer) car toute discipline et toute méthode ne peut pas être « pure ». Ainsi « *from a pragmatic perspective, the main concern is with the danger of premature closure of legal debate* »²²⁰¹.

Le bon jugement correspond à un jugement capable d'interroger ses propres fondements et de « peser » « intuitivement »²²⁰² les différents arguments qui lui sont présentés. Tout le message du pragmatisme de Posner se trouve dans l'idée d'un système de questionnement orienté sur les conséquences et le rejet de méthodes « absolues ». Posner définit ainsi le raisonnement pragmatique comme « *a grab bag that includes anecdote, introspection, imagination, common sense, empathy, imputation of motive, speaker's authority, metaphor, analogy, precedent, custom, memory, « experience », intuition, and induction* »²²⁰³. Le choix n'est plus un calcul démontrable²²⁰⁴ mais un choix se voulant « honnête ». Le juge développera nécessairement des heuristiques mais celles-ci évolueront, s'éduqueront²²⁰⁵, si bien qu'elles ne pourront pas être considérées comme dogmatiques – au sens négatif du terme. La décision est pragmatique car « elle tient compte » des éléments qui lui sont fournis et elle les étudie.

Le jugement pragmatique est avant tout une procédure et, à plus d'un titre, le raisonnement de Posner pourrait se rapprocher du modèle de rationalité limitée développé par Simon (même si les postulats affichés ne sont pas les mêmes). Les choix sont faits dans une logique de satisfaction et

²²⁰⁰ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 465

²²⁰¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 461

²²⁰² Si la pesée consciente était possible, le processus de décision pourrait être « linéarisé » ce qui suppose une certaine unidimensionnalité. Le principe même de la rhétorique est d'accepter la multidimensionnalité et une forme de non systématisme dans l'évaluation. Cette idée se retrouve aussi chez Posner (Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 77). Voir aussi le dernier chapitre de cette thèse.

²²⁰³ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 73

²²⁰⁴ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 459. Si la solution n'est pas démontrable, pourquoi rejeter l'utilisation d'idées conduisant à des problèmes de démontrabilité (comme l'idée de justice?).

²²⁰⁵ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p viii

non d'optimalité. Les critères de satisfaction évoluent avec la recherche des solutions et la présentation des nouveaux arguments. Cette approche limite la capacité de prédiction de la théorie mais gagne en réalisme.

B. l'analyse économique du droit comme outil principal du pragmatisme légal

Le projet d'une « pragmatisation » du droit mis en évidence par Posner est beaucoup plus ambitieux que l'analyse économique du droit puisqu'il se pose en système « total ». Il oblige à lire cette dernière comme une composante de ce projet et non comme une « entité » autonome. Posner ne s'en cache d'ailleurs pas : *si l'analyse économique du droit est fondamentale, c'est qu'elle représente la formalisation la plus aboutie du pragmatisme* (1). Le pragmatisme pose cependant une limite à l'analyse économique du droit puisque sa « valeur » doit être explorée de l'extérieur : l'analyse économique du droit n'est pas le pragmatisme (elle ne peut dès lors pas « embrasser » tout le droit). Autrement dit, *si l'éclairage fourni par l'analyse économique du droit est « intéressant », la valeur de cet éclairage pour la prise de décision demande le dépassement de la logique économique* (2). L'analyse économique n'est dès lors plus qu'un code ; sa validité ou sa pertinence ne peuvent se trouver « dans le code ». Pour Posner néanmoins, la distinction entre le pragmatisme et l'analyse économique du droit est plus une question de niveau que de philosophie d'approche.

Il est important de ne pas confondre les différents plans. Sur le plan normatif, l'analyse économique du droit est bornée par le pragmatisme. Ses arguments et les solutions qu'elle propose ne doivent pas être acceptés sans possibilité de critique et ne doivent pas être les seuls à être pris en compte. Sur le plan positif (et non nécessairement descriptif), le pragmatisme, en acceptant le rejet de la vérité « objective », reconnaît que l'analyse économique du droit n'est qu'un point de vue dont seule « l'utilité de l'information dans le cas d'espèce » compte (cette « utilité » ne pouvant s'apprécier « scientifiquement »). Enfin du point de vue prédictif, l'analyse économique du droit n'est qu'un système de générations de conséquences dont une part de validité est appréciée en fonction de « vérifications » empiriques mais aussi de « croyances » (puisque la réfutabilité est presque impossible²²⁰⁶). Posner ne plonge cependant pas dans le relativisme absolu d'un Rorty ou d'un Feyerabend, ce que notre concept de code nous oblige cependant à faire, nous l'espérons de façon non arbitraire.

²²⁰⁶ Posner considère tout de même que la falsification par les faits est pertinente. Il nous semble plutôt qu'il ne faut pas que la théorie soit totalement insatisfaisante au regard des faits. Son concept de falsification correspond d'ailleurs davantage à du vérificationnisme (infra).

Nous chercherons dans la seconde partie de notre thèse le domaine de validité du codage économique du droit²²⁰⁷ en mettant davantage en évidence les problèmes épistémologiques des informations qu'il nous fournit. Nous souhaitons ici replacer le projet de l'analyse économique du droit dans son contexte puisque, sous cet angle, Posner se veut beaucoup plus « modeste » (une partie du droit est irréductible à l'économie). Certains évoquent même l'idée de bouleversement des fondements méthodologiques et épistémologiques de l'analyse économique du droit²²⁰⁸. Ce bouleversement n'est provoqué que par une appréhension plus « large » du champ de l'analyse économique du droit.

1. L'analyse économique du droit, la formalisation la plus aboutie du pragmatisme

Signalons tout d'abord que le pragmatisme n'est pas hostile à la théorisation ou à l'application de méthodologies pour la détermination des conséquences des actions. Il est simplement hostile à la sacralisation d'une méthode et à l'absence de regard critique sur celle-ci, notamment en ce qui concerne sa validité empirique²²⁰⁹.

Comme l'explique Posner, l'approche économique « epitomizes the operation in law of the ethic of scientific inquiry, pragmatically understood »²²¹⁰. Pour lui, la plus grande part de l'analyse économique du droit est pragmatique²²¹¹. Ce résultat n'est pas surprenant dans la mesure où le projet pragmatique découle, ou provient, de l'analyse économique du droit entendue comme méthodologie d'approche. L'idée même de l'analyse économique du droit est ensuite « ajustée » pour s'adapter au pragmatisme (ou étendue pour retrouver le pragmatisme). *L'analyse économique du droit se présente, pour Posner, comme une base articulée de son pragmatisme* (sans pour autant qu'il y ait un oxymore). Parfois il confond même les deux²²¹² alors qu'il prend garde, en principe, à ne pas tomber dans ce piège²²¹³.

²²⁰⁷ Notre approche sera différente de celle proposée par Thomas Cotter, Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement, 1996, *Georgetown Law Journal*, vol 84, pp 2071-2141. En effet, nous renversons ici sa perspective car nous supposons que Posner est un « minimum » cohérent avec lui-même (nous appliquons le principe de charité). Le problème n'est donc pas de savoir si l'analyse économique du droit peut être compatible avec le pragmatisme mais en quoi cette compatibilité agit sur notre conception de l'analyse économique du droit.

²²⁰⁸ Elisabeth Krecké, Economic Analysis and Legal Pragmatism, op cit, p 421

²²⁰⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, pp 76-77

²²¹⁰ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 15

²²¹¹ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 239

²²¹² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 81

²²¹³ Par exemple, Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 404

Il semblerait qu'il utilise deux niveaux lorsqu'il évoque la « pragmatisme » de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit est pragmatique de part la logique abstraite de son analyse (ce qu'elle connote et sa logique d'articulation). Elle ne se réduit cependant pas au pragmatisme de part sa méthode de décision (qui, par définition, ne se réduit pas à une méthodologie précise). Nous souhaitons ici illustrer la dimension pragmatique sous l'angle de la logique abstraite de l'analyse. Cette conception semble prépondérante pour Posner qui explique, après avoir affirmé que la procédure de décision au sein du pragmatisme n'a pas beaucoup évolué (et ne peut d'ailleurs peut-être pas évoluer) : « *all that pragmatic jurisprudence really connotes [...] is a rejection of the idea that law is grounded in permanent principles and realized in logical manipulation of those principles, and a determination to use laws as an instrument for social ends. If it plants no trees, this pragmatic jurisprudence that I have been defending, at least it clears away a lot of underbrush* »²²¹⁴.

Le point d'accord principal entre l'analyse économique (entendue au sens générique et susceptible d'inclure les différentes analyses économiques) et le pragmatisme touche l'approche même de l'objet droit, la logique profonde de l'analyse. Ces deux méthodes mettent l'accent sur l'impact du droit sur la « société » et demandent une approche instrumentale de ce dernier. Le droit se conçoit avant tout à travers ce qu'il fait et non à travers ce qu'il est.

Si le droit se conçoit ainsi, se pose le problème de la détermination de son impact. Or, l'analyse économique, en privilégiant l'individualisme méthodologique et en proposant des approches articulées de la rationalité, permet d'aller dans ce sens puisqu'elle vise à comprendre comment les individus agissent en réponse aux variations de l'environnement. Posner affirme même que le « *Behaviorism is the only practical working assumption for law, and its dangers have been exaggerated* »²²¹⁵. Si nous ne savons pas comment les individus agissent, nous ne pouvons pas favoriser une approche pragmatique du droit orientée sur le contrôle social.

Posner va même jusqu'à considérer que « *Economics imagines the individual not as « economic man », but as a – pragmatist* »²²¹⁶. Ceci pourrait faire croire à une identité entre le pragmatisme et l'économie²²¹⁷ (ou au moins à un renforcement mutuel des deux approches). Cette affirmation pourrait aussi laisser penser que Posner adhère à une théorie proche de la rationalité limitée de Simon, ce que ne confirme cependant pas l'ensemble de ses écrits²²¹⁸. Cette conception élargie de

²²¹⁴ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 405

²²¹⁵ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 178

²²¹⁶ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 16

²²¹⁷ Et même à une forme d'autovalidation de sa théorie.

²²¹⁸ Et notamment son traité...

la rationalité risque de se résumer au simple principe de rationalité et l'économie pourrait perdre en spécificité (puisqu'elle peut difficilement revendiquer le monopole de la « rationalité »), mais aussi au niveau de son pouvoir de prédiction (puisque plus une théorie englobe d'éléments, moins il sera possible de « prédire »). Si cette théorie globale de l'homme et de son fonctionnement était envisageable et manipulable, il serait vraisemblable que l'analyse économique et l'analyse pragmatique tendraient à se confondre. Cette possibilité est cependant rejetée implicitement par Posner. Si la nécessité du pragmatisme est liée à l'impossible omniscience, et si la « science » ne peut pas atteindre avec certitude la « vérité », la modélisation se devra toujours d'être analysée sous un angle critique.

Si nous souhaitons par ailleurs pouvoir utiliser l'idée de rationalité pour prédire et pour identifier des conséquences, et non pour post-rationaliser, nous devons avoir un contenu suffisamment précis (sans ce contenu, la falsifiabilité est impossible). Il est donc préférable de considérer que l'analyse économique, sous l'angle pragmatique, se doit d'être plurielle et de ne pas se limiter à une seule approche de la rationalité, sauf consensus en la matière (auquel cas il faudra néanmoins « rester » sur ses gardes et bien mettre en évidence les « biais » inhérents à toute analyse). Elle peut valablement accepter l'ensemble des éclairages fournis par des théories concurrentes, du moment que celles-ci ont une certaine « validité » empirique et une articulation suffisante pour pouvoir « prédire ».

Nous retrouvons alors la fonction principale de l'économie pour l'approche pragmatique : « *The significance of economics for law is that economists are engaged in mapping many of the consequences that are central to pragmatic legal analysis* »²²¹⁹. L'analyse économique peut ainsi « informer » la décision, et le modèle de rationalité ne vise qu'à fournir un outil de prédiction. Même s'il est possible de contester l'idée de « centralité », cette centralité suppose une périphérie et donc une « absence » permettant de ne pas former une égalité entre le pragmatisme et l'approche économique. Posner est précis sur ce point : « *Some readers may suspect that when I say "economics... and related disciplines" I mean "Economics". I do not* »²²²⁰

Posner essaye même d'articuler les arguments économiques et les autres arguments : « *Economic theory of law is a default rule, or presumption – the right place to start, although not necessarily to end, in analyzing law from a positive standpoint* »²²²¹. La « pragmatisme » de cette règle par défaut (qui pourrait laisser penser à l'existence d'un certain algorithme) peut être mise en cause, sauf à supposer que

²²¹⁹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 78

²²²⁰ Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, p 211

²²²¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 374

l'ordre d'identification des conséquences n'a aucune importance pour la prise de décision (ce qui est critiquable sur des bases empiriques, le raisonnement ayant une part de dépendance par rapport au chemin). Néanmoins l'analyse économique ne constitue pas la fin du raisonnement mais un point de départ et même un outil privilégié²²²².

Si l'analyse économique est une des règles par défaut, cela signifie que l'efficacité (ou les critères d'efficacité, et notamment la maximisation de la richesse) n'est pas le seul critère « valable » (ce qui permet d'éviter le problème des valeurs) mais au mieux un critère par défaut (ce qui pose une nouvelle fois le problème du possible « dogmatisme » de ce choix). Il serait possible de le « pragmatiser » en soulignant que ce critère est un « non critère » puisque la logique de l'efficacité peut être entendue de façon strictement instrumentale. C'est d'ailleurs ce qu'avance Posner : « *My argument for judge's trying to decide common law cases in a way that will promote efficiency is simply that it's a useful thing that judges can do, whereas they lack effective tools for correcting maldistribution of wealth* »²²²³. Cet argument suppose, outre la possibilité de déterminer ce qui est efficace²²²⁴, un découplage entre richesse et répartition qui n'est pas toujours empiriquement fondé, notamment en raison des externalités. Il permet cependant de mettre en évidence certains arbitrages susceptibles d'éclairer la décision des juges et c'est certainement en cela que le critère est intéressant²²²⁵. La position de Posner n'est pas développée dans le détail et il néglige la possibilité de « valeurs » ne pouvant pas être retranscrites parfaitement sous forme de richesse (par exemple le besoin de considération ou d'estime de soi dont le chiffrage est même destructeur).

Par ailleurs l'analyse économique est, ou souhaite être, empirique. Elle a pour objectif de pouvoir effectivement prédire un mouvement général (ou au moins une tendance) ; l'économiste est « *committed to testing his theories empirically and discarding them if they are falsified by data* »²²²⁶. Sur cette base, Posner rejettera, dans un premier temps, les approches fondées sur la psychologie et certaines méthodes économiques (comme celle de Coase). *Si la théorie sur laquelle le juge base son raisonnement n'est pas considérée comme étant susceptible d'éclairer les conséquences de ses choix, l'utilisation de cette théorie est à rejeter*. L'économie est « pragmatique » dans sa démarche, sans permettre, à elle

²²²² Par exemple, Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit, pp 14-15, 216-217

²²²³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 78

²²²⁴ Et nous avons présenté des arguments permettant de mettre en doute cette possibilité.

²²²⁵ La fonction informative de l'analyse se transforme alors en une fonction interrogative puisque le critère conduit à des questionnements nouveaux.

²²²⁶ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 19

seule, une décision pragmatique, puisque « *Pragmatic reasoning is empiricist, and so theories that seek to guide empirical inquiry are welcomed in pragmatic adjudication* »²²²⁷.

Enfin, la structure du choix économique se rapproche de la structure du choix pragmatique²²²⁸. La logique du calcul coûts-bénéfices se rapproche de la logique de la délibération, de l'arbitrage (pour ne pas dire du jugement), même si cette dernière accepte la multidimensionnalité du problème. L'idée de la balance refait surface sous une forme moins métaphorique dans le cadre de l'analyse économique qui cherche à unidimensionnaliser les paramètres afin de pouvoir les « peser ». Ces deux logiques fonctionnent d'ailleurs mieux lorsqu'il existe un relatif consensus sur les fins²²²⁹ (et donc sur une possible pondération). Posner n'envisage pas la possibilité que le raisonnement pratique vise aussi la détermination des fins.

L'analyse économique apparaît alors assez proche du raisonnement pratique qui caractérise l'approche pragmatique. *Ce rapprochement ne doit pas faire oublier que les deux approches ne sont pas équivalentes et que les informations « fournies » par l'analyse économique du droit doivent être appréciées pragmatiquement.*

2. L'utilisation pragmatique des analyses économiques du droit : le dépassement de la logique économique et le retour des valeurs

La validité des informations transmises par l'analyse économique du droit ne peut pas être remise en cause comme « informations » (sauf à accepter la possibilité d'une méthode de discrimination suffisamment « objective », ce qui est impossible). Par contre, la valeur des informations transmises « varie » et cette variation ne peut pas se justifier sur le terrain de l'analyse économique. Elle retrouve sa valeur d'outil pour la décision et n'est plus une méthode de décision. Elle ne peut pas indiquer « comment » décider et donc spécifier les « pondérations » de ses résultats. C'est à ce niveau là que les valeurs font leur retour et que la « modestie » de l'analyse économique du droit comme système d'aide à la décision apparaît.

D'une part, « *The economic approach cannot be the whole content of legal pragmatism [...] because the approach works well only when there is at least moderate agreement on ends, it cannot be used to answer the question whether, for example, abortion should be restricted, although it can tell us something, maybe much, about the*

²²²⁷ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 77

²²²⁸ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit, p 105

²²²⁹ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 404

efficacy and the consequences of the restrictions »²²³⁰. Ce positionnement est délicat puisque l'objectif de l'analyse économique était de réduire les questions de valeurs en problèmes de faits. La décision pragmatique n'est alors valable, comme processus de décision, que lorsqu'il existe un relatif consensus sur les valeurs. Autrement dit, le manque « d'autonomie » du pragmatisme comme système de décision se résout par l'absence de problème concernant les valeurs (ce qui en réduit la valeur et même une partie des justifications fondées sur l'impossibilité de s'accorder sur les valeurs).

Le choix des valeurs ne pourra pas se faire économiquement ou pragmatiquement mais ces « approches » vont permettre, potentiellement, de réduire les difficultés en informant sur les conséquences des différents positionnements. Elles participent donc à un processus d'apprentissage.

Même si les valeurs sont « connues » ou que le problème des « valeurs » peut être réduit, des problèmes peuvent subsister. L'analyse économique du droit n'étant pas uniforme et les tests empiriques étant limités, il arrive parfois que deux théories préconisent des solutions « opposées » ou au moins non identiques. Souvenons nous des boutades selon lesquelles en posant une question à deux économistes, nous obtenons au moins trois réponses.

Se pose alors le problème du choix entre deux théories (ou plus). Comme nous l'avons développé dans le premier titre de cette partie, les concepts économiques peuvent virtuellement justifier n'importe quelle solution en mobilisant les possibilités du code. La valeur des informations fournies dépendra d'une « croyance » dans la solidité d'une analyse particulière ou d'un outil particulier. Cette décision elle-même peut être considérée comme pragmatique si nous supposons que le « décideur », dans une position d'incertitude, accepte la possibilité de contradiction, et peut « apprendre » (autrement dit s'il décide sur la base d'heuristiques²²³¹, ces heuristiques étant évolutives).

Revenons sur certains développements concernant la force du respect de la « structure » du droit, autrement dit la force des contraintes systémiques (au sens Posnérien). Lorsqu'il analyse la position de Hayek sur cette question, Posner note : « *It would be hasty to describe Hayek as an enemy of economic analysis of law, for so far all I have said is that he rejects an economic analysis that says that judges should use economics to help decide their cases ; and to the extent that this rejection is based on economic*

²²³⁰ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 404

²²³¹ Il est impossible de ne pas partir sur des « fondements ». Il est même préférable de commencer par décider sur la base d'une vision schématique pour ensuite l'affiner, que de s'interroger uniquement sur la validité des différentes méthodes mobilisables. Utiliser des théories permet de débiter la recherche. L'heuristique correspond ici à un système d'agrégation « intuitif » des différents éléments.

grounds, it just means that his is a different economic theory of law from that of people like me»²²³². Posner n'attaque pas la position de Hayek sur le fondement économique ou sur la validité empirique de son approche. Il considère même que, de ce point de vue, son analyse est pragmatique. Il précise simplement qu'on ne peut pas lire Hayek sans tenir compte de ses valeurs. Il en conclut que « *But Hayek, his head gilled with philosophy, was riding a different horse, or rather a different team. His theory of law is a peculiar mixture of the pragmatic and the dogmatic* »²²³³.

Sans analyser la validité des allégations concernant Hayek, il est évident qu'il est possible de retourner l'argument. La position de Posner est un mixte entre pragmatisme et dogmatisme. Il ne cache d'ailleurs pas son conservatisme, son libéralisme et son attachement à l'analyse économique du droit néoclassique. Ce dogmatisme n'est pas critiquable s'il continue à faire l'objet d'un regard critique. Il serait cependant naïf de croire que le dogmatisme peut être effacé. Même si une position ne semble pas dogmatique a priori, le choix des questions, des structurations ou encore des éléments à prendre en compte relève de choix qui ne peuvent pas être strictement économiques ou pragmatiques puisqu'ils constituent le point de départ du déploiement des outils. Autrement dit, *la méthodologie est elle-même porteuse de valeurs*. Il est par exemple certain que l'économie néoclassique ne véhicule pas les mêmes valeurs que l'économie autrichienne ou l'économie institutionnelle²²³⁴. Seuls le questionnement, la réflexivité, mais aussi la rhétorique de justification permettent de considérer que ces approches sont « valables ». Le juriste se doit de connaître les logiques et les critiques dans la mesure où il pourra ainsi « renverser » des arguments.

Si nous acceptons les différentes approches, le problème de l'agrégation des informations fournies en vue de formuler un choix reste ouvert n'est pas réductible à une question strictement économique. A la limite, l'analyse économique apparaît davantage comme un outil de rationalisation d'une décision que comme un outil *de* décision.

Force est de constater, qu'à ce stade, l'analyse économique reste muette sur sa valeur pratique et que l'idée de pragmatisme ne nous avance guère. Elle est un code qui permet de reformuler les problèmes et

²²³² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 282

²²³³ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 283

²²³⁴ Il s'agit d'ailleurs de l'objet même de l'étude de Malloy. Chacune des conceptions économiques « *involves a different philosophical and ideological approach to the relationship between legal and economic conceptions of the good and just society* », ou encore « *Like law, economics is a biased undertaking in that the use of any particular economic model embraces specific assumptions and value statements and consequently any outcome generated by the use of such a model will also be biased* » (Robin Paul Malloy, *Law and Economics, A Comparative Approach to Theory and Practice*, op cit, par exemple p 10 et p 51; plus largement, chapitres 3 à 8). Voir aussi nos développements sur les modèles de rationalité et les modèles d'efficacité.

« d'informer » sur des conséquences possibles des phénomènes juridiques. Elle n'est pas une théorie totale du droit ou de la décision judiciaire. Sa valeur doit davantage être recherchée dans la logique de son système que dans les réponses qu'elle apporte. C'est cette valeur « pratique » de l'analyse économique du droit que nous tenterons de dégager dans la seconde partie de cette thèse.

PARTIE 2. LA « FORCE » EPISTEMOLOGIQUE DU CODAGE ECONOMIQUE DES PHENOMENES JURIDIQUES

« The criterion of success for a code is the contrast between the disorder and diversity of what we seek to understand, the complexity and anarchy of the field of observation, on the one hand, and on the other the encompassing unity and simplicity of its appearance when illuminated by selective light of the code »²²³⁵

G.L.S Shackle

« I do not believe that the economist holds all the keys of legal theory »²²³⁶

« According to the story that I am recounting, law and economics replaces legal conceptualism with economic conceptualism, evaluating legal outcomes by their conformity to economic theory but still keeping well away from facts. The antidote to this conceptualism is pragmatism »²²³⁷

Richard Posner

« The question is not whether we can afford to ignore economics in the formation of policy, on a national, local or corporate level ; it is only, “how can Economics best be put to use, in dealing with practical issues of government or business decision-making” »²²³⁸

Stephen Toulmin

L'analyse économique du droit se présente avant tout comme un code de structuration des phénomènes juridiques. Les résultats de l'analyse économique du droit peuvent être directement dérivés des axiomes de l'analyse et de leur « imbrication » ; ils ne sont donc que des tautologies. Le conceptualisme et la « syntaxe » proposés par l'analyse économique pourraient servir à développer une analyse économique du droit sans pour autant que « la réalité » du droit ait une

²²³⁵ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 51

²²³⁶ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p viii. Dans le même sens citons aussi Jean Carbonnier, *Sociologie Juridique*, 1978, PUF, Paris, 423 pages, p 34 : « il existe une dimension économique des phénomènes juridiques ».

²²³⁷ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 2

²²³⁸ Stephen Toulmin, *The Return to Reason*, 2001, Harvard University Press, Cambridge, 243 pages, p 65

quelconque importance (seules certaines « caractéristiques » sont pertinentes). C'est d'ailleurs ce que nous avons tenté de faire dans la première partie de notre thèse sans préjuger de la « valeur » des conclusions que nous avons établies. Par exemple, le sens du droit a été « déduit » de l'analyse économique traditionnelle, une fois reconnue l'existence d'un « droit ». De même, la distinction entre le droit et la morale a été effectuée sommairement à l'aide de la conceptualisation économique. A aucun moment nous n'avons cherché à fonder, autrement que sur le code, les conclusions que nous avons présentées ; il ne s'agit donc que de conclusions (tauto)logiques.

Cette solution n'est cependant pas parfaitement satisfaisante même si, intellectuellement, l'approche peut se comprendre (comme jeu logique par exemple). En effet, sauf à percevoir l'analyse économique comme un simple conceptualisme, il semble nécessaire de l'observer extérieurement pour en déterminer la fonction et en évaluer la « valeur » épistémologique. Tout champ disciplinaire a – se voit attribuer par son environnement – une fonction (ou plusieurs) et doit être évalué par rapport à cette fonction (ces fonctions)²²³⁹. Contrairement aux mathématiques pour lesquelles seule la logique d'un conceptualisme compte (puisque l'utilisation des concepts mathématiques dans un champ disciplinaire autre que les mathématiques ne correspond plus précisément à une recherche mathématique)²²⁴⁰, les sciences sociales visent à « éclairer » et « anticiper » le « réel », à aider à la prise de décision ou au moins à expliquer (voire à comprendre), même partiellement, les comportements des agents ou des groupes.

L'analyse économique du droit ne fait pas exception à la règle et lorsque Posner évoque le dépassement du conceptualisme économique par l'empirisme et le pragmatisme²²⁴¹ – mais aussi de façon plus intéressante par l'idée de « raisonnabilité » –, il vise notamment à replacer l'analyse économique dans sa logique fonctionnelle²²⁴². Elle ne « vaut » pas pour « elle-même », par sa dimension de « jeu logique ». Celle-ci est avant tout « pensée » pour informer la prise de décision ; elle n'est qu'un instrument à l'usage de celle-ci, et ne constitue qu'un éclairage possible. Le problème de la décision reste dès lors ouvert. L'accent est mis sur la logique conséquentialiste et

²²³⁹ Ces fonctions ne sont que très rarement objectives et dépendent du sous code utilisé pour déterminer le champ disciplinaire. Le domaine est constitué par un code et agit sur la modification du code puis du domaine. La relation est donc double.

²²⁴⁰ Il est possible de considérer néanmoins que l'analyse économique ne vise plus qu'un conceptualisme. Comme l'explique Rosenberg : « *Much of the mystery surrounding the actual development of economic theory – its shifts in formalism, its insulation from empirical assessment, its interest in proving purely formal, abstract possibilities, its unchanged character over a period of centuries, the controversies about its cognitive status – can be comprehended and properly appreciated if we give up the notion that economics any longer has the aims or makes the claims of an empirical science of human behavior* » (Alexander Rosenberg, *If Economics Isn't Science, What Is It*, in Michael Martin et Lee McIntyre, *Readings in the Philosophy of Social Science*, op cit, pp 661-674, spécialement p 672)

²²⁴¹ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p viii

²²⁴² Et cette logique n'est pas indépendante du sous code (l'économie) utilisé par Posner.

sur les capacités de prédiction de l'analyse économique. Cette dernière vise aussi à « expliquer » – ou plus précisément à fournir une explication possible puisque Posner rejette la possibilité de connaissance de la « vérité » – certains phénomènes ou comportements à la lumière du code économique.

Se pose alors le problème de la détermination ce qui fait la « validité relative » (objectivement ou subjectivement) des « informations » fournies par l'analyse économique du droit, en dehors du simple respect du code bien entendu (sans quoi nous ne dépasserions pas le formalisme). Si Posner affirme que l'analyse économique détient une clef de la théorie juridique, il s'agit de déterminer « dans quelle mesure » nous nous trouvons dans cette situation, et pour quelle(s) raison(s) il est possible d'affirmer une telle chose. Il faudrait aussi déterminer en quoi ces « informations » sont parfois plus « pertinentes » que les « informations » proposées par l'analyse juridique traditionnelle, même si cette question ne tient pas parfaitement compte de l'idée de code. L'idée qu'un code puisse aider à compléter les « lacunes » d'un autre nous semble plus adaptée, même si l'idée de lacunes suppose une évaluation du code (donc un méta-code qui transcende les disciplines). C'est ce problème que nous souhaitons explorer dans la seconde partie de cette thèse.

Il s'agira pour nous de démontrer (dans un sens non mathématique et finalement rhétorique) que l'analyse économique peut difficilement « prouver » la validité de son code (puisque cette preuve est nécessairement externe à l'analyse économique), et que la valeur de ce code vaut principalement car il s'agit d'un code articulé, un système de générations d'hypothèses et de rationalisations. Cette analyse vaut ainsi par son « renversement » : savoir que le code n'est qu'un code et connaître sa logique de fonctionnement permet de développer notre regard critique sur les phénomènes juridiques et d'améliorer, au moins potentiellement, nos prises de décisions. *La conscience des absences permet justement de les dépasser*²²⁴³. Si l'analyse économique ne doit pas être perçue (ni acceptée) naïvement comme une réponse à l'ensemble des problèmes posés par la théorie juridique, le regard qu'elle apporte permet de « soulever » la syntaxe du droit pour se rapprocher de son « sens ». Il serait donc hasardeux de la négliger. *L'analyse économique vaut à la fois parce qu'elle dit (même sous forme interrogative) et par le débat qu'elle engendre.*

Le premier titre de cette partie sera consacré à l'examen des possibilités de dépassement du code. Il s'agira de savoir si le code peut être plus qu'un code et d'illustrer les limites de la valeur

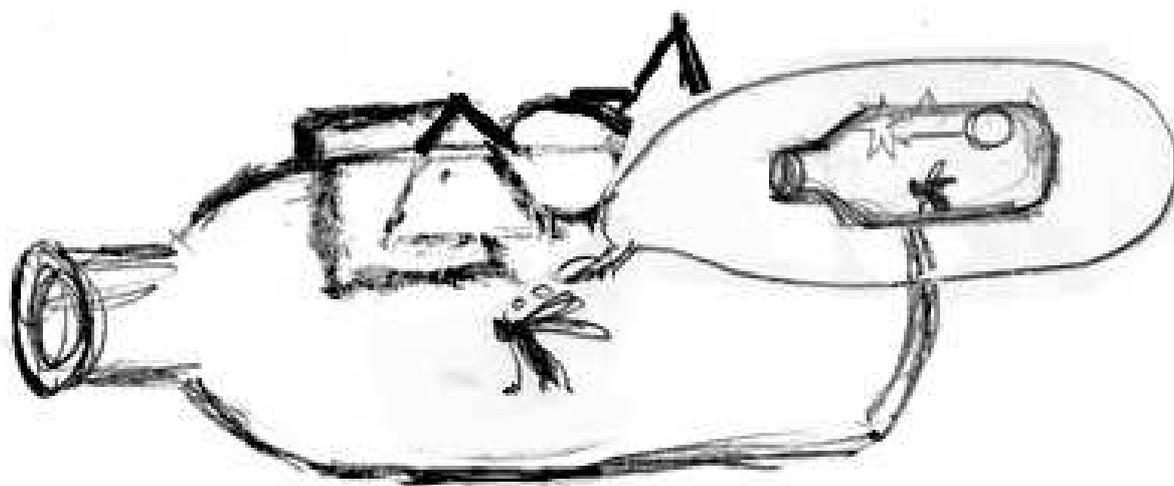
²²⁴³ L'évolution de la théorie de l'équilibre général suit d'ailleurs cette logique. C'est la recherche des absences qui permet de mieux comprendre le système.

épistémologique des résultats fournis – il est délicat de parler de « connaissance »²²⁴⁴ – par le codage économique des phénomènes juridiques (titre 1), en raison de sa dimension logique. Nous pourrions constater que le code ne peut pas se dépasser parfaitement, car il ne nous permet pas de qualifier les résultats qu'il met en évidence, et que la valeur des informations fournies est en partie liée à des croyances (soit en ce qui concerne les hypothèses ou la démarche, soit en ce qui concerne la « plausibilité » des résultats), ou au moins à l'idée d'une « satisfaction »... à cette idée de raisonabilité qui n'est plus strictement économique (et qui ne peut pas être saisie dans le code de l'économie). Certains auteurs évoquent même une « foi » en la rationalité²²⁴⁵. Celle-ci n'est alors qu'un point de départ permettant l'exploration conceptuelle et c'est sous cet angle que l'analyse économique révèle sa valeur abductive.

Le second titre de cette partie tentera d'explicitier ce qui nous semble être la « véritable » valeur épistémologique de l'analyse économique du droit en soulignant, principalement, cette valeur abductive. Il s'agira de retourner la question de la valeur épistémologique des fondements. Le problème ne sera plus de déterminer dans quelle mesure l'analyse « pure » est susceptible de nous informer puisque toute analyse est « biaisée » par son code et peut « éclairer » une situation. Il s'agira au contraire de reconnaître toute la valeur de l'analyse économique comme système de codification explicite et biaisé. Si le code est explicite, il favorise l'échange à partir de celui-ci puisque le référentiel est explicite. S'il est biaisé il incite au doute et nous oblige à justifier différemment, ce qui nous conduit à rechercher le système à partir duquel nous « jugeons ». Il permet aussi d'interroger davantage ce qu'est l'analyse juridique et la différence entre le « calcul » et le « jugement ». La « connaissance » n'étant qu'une pure « recherche » (elle vise à pousser les points d'interrogation), l'analyse économique du droit participe de celle-ci, et permet bien souvent au juriste de se réappropriier ses propres concepts et méthodes.

²²⁴⁴ La notion de connaissance sera analysée plus en profondeur dans le second titre de cette partie. L'idée de résultats ou d'informations nous semble plus neutre que l'idée de connaissance.

²²⁴⁵ Par exemple Tim Harford, *The Logic of Life, The Rational Economics of an Irrational World*, 2008, Random House, New York, 255 pages, p 9. Cet ouvrage est un ouvrage de vulgarisation de l'application de la logique économique pour appréhender n'importe quel phénomène « social ». Il rentre dans la mouvance inaugurée par Thomas Schelling (Thomas Schelling, *Micro MOTIVES and MACRObehavior*, [1978] 2006, WW Norton & Company, New York, 270 pages) et popularisée par l'ouvrage de Steven Levitt et Stephen Dubner, *Freakonomics*, 2007, Gallimard, Paris, 336 pages. Notons que dans de tels cas, la foi suppose donc une logique d'abduction et une protection du système d'explication engendré par cette foi.



© J.L

Ou comment la mouche s'est interrogée sur sa propre perception

Titre 1. A la recherche du dépassement du code : les limites de la valeur épistémologique des résultats fournis par le codage économique des phénomènes juridiques

« *Economics is faced with special difficulties in this regard, for while natural science is in its first approach concerned with impressions (observations) themselves, economic is composed of thoughts about thoughts* »²²⁴⁶

G.L.S Shackle

« *Is economics more than either a part of contractarian political philosophy or a branch of mathematics?* »²²⁴⁷

James Buchanan

Le code de l'analyse économique peut être virtuellement appliqué à n'importe quel phénomène social. La sociologie et la science politique, bien avant le droit, ont ainsi été « envahies » par les outils et les méthodes de l'analyse économique. Il s'agit simplement de « traduire » ces phénomènes dans le code de l'économie pour que l'outillage économique puisse se déployer. Katz explique ainsi que « *economic analysis can shed light on any sphere of human interaction in which individuals pursue their goals subject to constraints* »²²⁴⁸. Cet outillage peut être appliqué au droit et engendre certains « résultats » (au sens de déduction).

Si nous souhaitons pouvoir « utiliser » ces résultats pour agir concrètement sur le réel, ou simplement considérer que ceux-ci sont susceptibles de « retranscrire » une dimension de la réalité, il est nécessaire de qualifier ces résultats (déterminer leur valeur relative) et, pour cela, de sortir du code (qui ne peut connaître que son formalisme). Certains résultats théoriques, intuitivement, ne semblent pas « adaptés » au réel (pensons au marché pour les bébés). D'autres, apparaissent plus ou moins plausibles en fonction du « cas » d'espèce (l'hypothèse de

²²⁴⁶ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 71

²²⁴⁷ James Buchanan, *There is a Science of Economics*, 1997, in James Buchanan, *The Collected Works of James Buchanan, vol 12 Economic Inquiry and its Logic*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, 502 pages, pp 30-43, p 31

²²⁴⁸ Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, op cit, p 410. L'auteur ne tient cependant pas compte de la remarque de Shackle (que l'on retrouve aussi chez Feyerabend) de « construction » de la réalité par la théorie (voir par exemple, Paul Feyerabend, *Realism and the Historicity of Knowledge*, 1989, *Journal of Philosophy*, vol 86, pp 393-406, spécialement pp 404-406)

« rationalité » est plus « plausible » concernant un professionnel qu'un particulier). Il faut alors essayer de dépasser la valeur strictement formelle du code en tentant de le « relier » au « concret », de comprendre pourquoi certains résultats semblent plus satisfaisants que d'autres et si cette intuition est « valable ».

Le code étant avant tout une logique, le lien entre le « code » et le « réel » n'est pas « assuré ». En effet, si le code n'est qu'une pure logique, il ne peut rien indiquer de plus que ce qui se trouve dans sa structure et dans les éléments apportés au modèle. *Le code n'est qu'un code, il n'est pas le monde.* Les stratégies de « dépassement » du code supposent donc l'utilisation d'éléments extérieurs au code.

La première stratégie serait d'identifier un « domaine de validité » du codage économique des phénomènes juridiques (Chapitre 1). Cette stratégie est intimement liée à la valeur des fondements de l'analyse mais aussi à l'image que nous avons de la place du droit ; ce seront eux (ou plus précisément leur interprétation) qui imprimeront une certaine « valeur » aux conclusions dégagées. Si nous considérons que le « schéma » proposé par l'analyse permet de « saisir » des éléments du comportement des individus dans l'environnement, le code permettra de donner des réponses partielles à certaines questions sans qu'il soit nécessaire d'analyser la validité empirique des résultats du code (qu'il est toujours possible de protéger à l'aide du « modèle » ou de l'hypothèse « toutes choses égales par ailleurs »). Par exemple, le raisonnement économique en droit de la concurrence peut sembler plus adapté que le raisonnement économique en droit de la famille²²⁴⁹. Cette idée est véhiculée par une « croyance » concernant la nature de ce phénomène, croyance possible en raison de la dimension « humaine » des phénomènes étudiés. Cette validité ne peut néanmoins se justifier sur des bases strictement rationnelles (elle ne peut être démontrée formellement), seule l'argumentation rhétorique est possible (ce qui suppose l'acceptation d'une rationalité autre que la rationalité scientifique).

La seconde stratégie viserait à asseoir les résultats du code sur des résultats empiriques (Chapitre 2). Cette stratégie consiste à « scientificiser » l'analyse du social sur le modèle des sciences de la nature. Il ne s'agirait plus d'essayer de déterminer la validité des hypothèses mais d'examiner la validité d'un modèle. Les hypothèses sont alors strictement instrumentales et ne peuvent valoir par elles-mêmes. Le « champ » de validité de l'analyse économique du droit serait alors défini par

²²⁴⁹ On retrouve par exemple cette idée chez Katz (Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, op cit, pp 410-412). Il ne s'agit pas pour nous de savoir si, effectivement, l'analyse économique est adaptée ou non à ce domaine mais de comprendre les réticences qui peuvent survenir en la matière. Après tout l'analyse économique de la famille a permis, en partie, à Becker d'obtenir son prix Nobel. Rappelons aussi que la distinction entre l'ancienne et la nouvelle *Law & Economics* est liée à l'extension de l'analyse en dehors des sphères traditionnelles de l'économie.

l'ensemble des situations dans lesquelles le codage économique engendre des résultats « satisfaisants ». Nous retrouvons, en partie, l'épistémologie friedmanienne. Cette stratégie ne peut cependant être parfaitement menée à son terme en raison de la complexité du social si bien qu'une part de « croyances » entre en jeu concernant l'appréciation de la validité empirique d'un modèle.

Chapitre 1. Le problème de la détermination du champ de validité du code

« *A man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if he can* »²²⁵⁰

Oliver Holmes

« *Whereas the 'old' law and economics confined its attention to laws governing explicit economic relationships, and indeed to a quite limited subset of such laws (the law of contract, for example, was omitted), the 'new' law and economics recognizes no such limitations on the domain of economic analysis of law* »²²⁵¹

Richard Posner

La première stratégie permettant de dépasser le code vise à déterminer, *a priori*, son domaine de validité. Le code est alors valable car ses fondements nous semblent susceptibles de retranscrire une part de la « réalité » (dimension descriptive ou prédictive et potentiellement prescriptive) ou nous permettent de l'interroger plus en profondeur. Cette appréciation est subjective et le problème consiste à justifier cette possibilité d'utilisation. La rationalité de cette justification trouve ses fondements dans la rhétorique ce qui pourrait sembler insatisfaisant si nous n'acceptons qu'une rationalité de type scientifique (puisqu'une telle appréciation ne peut pas être « neutre » et reste « subjective »).

La validité du code économique pourrait varier en fonction du phénomène juridique appréhendé. Comme nous nous intéressons aux classes de phénomènes et non à un phénomène juridique particulier, il s'agira de déterminer un « domaine » juridique de validité.

La première possibilité serait de faire varier la « pertinence » de l'analyse économique du droit en fonction des domaines juridiques *stricto sensu* (section 1)²²⁵², à supposer que l'idée de domaine ne soit pas déjà une construction « biaisée » par le code juridique. Certains domaines se prêteraient alors davantage à une analyse économique que d'autres, par exemple car l'hypothèse de rationalité

²²⁵⁰ Oliver Holmes, *The Path of Law*, op cit, p 459

²²⁵¹ Richard Posner, *The Economic Approach to Law*, op cit, p 759

²²⁵² C'est en partie la démarche de Fison Roche (Marie Anne Frison Roche, *L'Intérêt pour le Système Juridique de l'Analyse Economique du Droit*, op cit, spécialement pp 19-20). Nous irons ici au-delà des critères proposés par l'auteur et nous en interrogerons la logique plus en profondeur.

semble plus « pertinente » lorsqu'on s'intéresse au fonctionnement des entreprises. L'idée de droits économiques traduit implicitement cette possibilité.

Si intuitivement cette idée semble séduisante, il est nécessaire de mieux en saisir la logique. La relation entre les ordres sociaux est déterminante de ce point de vue. Théoriquement, nous pourrions constater que l'extension se justifie même si certains éléments plaident pour une « variabilité » de la pertinence de l'analyse économique en fonction des phénomènes juridiques. Le problème n'est dès lors pas de déterminer un domaine de validité, mais de mettre en évidence la possibilité d'un degré de validité et d'identifier les critères principaux participant à la qualification des informations fournies. Nous ne chercherons cependant pas à « hiérarchiser » précisément cette validité en fonction des « domaines » du droit pour des raisons qui apparaîtront plus clairement dans le dernier titre de cette seconde partie.

La seconde possibilité serait de considérer que l'analyse économique est valable quels que soient les domaines juridiques mais variable en fonction de l'architecture du système – une sorte de macro domaine – (section 2). Le problème serait alors de déterminer si l'analyse économique du droit pourrait être plus pertinente dans les systèmes de *common law* que dans les systèmes de droit écrit²²⁵³. Si une telle argumentation pourrait se justifier, elle touche plus l'opportunité de l'utilisation de cette méthode que la « validité » de celle-ci. Le problème est davantage celui de la protection de l'architecture (et de la culture sous-jacente) que de la possibilité de transposer les outils économiques.

Il faudrait aussi ajouter la possibilité d'un cumul de ces deux dernières possibilités. Nous n'y procéderons pas dans la mesure où ceci ne servirait pas notre argument. Nous ne pensons d'ailleurs pas que cette agrégation soit parfaitement réalisable et systématique.

²²⁵³ Cette hypothèse est par exemple étudiée dans Kenneth Dau-Schmidt et Carmen Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, 2006, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 44, pp 602-621; Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States*, 2008, *Alabama Law Review*, vol 59, pp 1555-1633. Notre approche sera cependant différente dans la mesure où notre angle d'attaque l'est.

Section 1. La détermination du champ de validité de l'analyse économique en fonction des domaines du droit

« Notwithstanding the economic importance of families and of family relations, however, the economic analysis of law so far has had relatively less influence in family law than in other doctrinal fields. In part this is because in our culture the market and the family have traditionally been taken to constitute distinct social realms; and such customary habits of thought are slow to change »²²⁵⁴

Avery Katz

Si nous concevons l'analyse économique du droit comme une pure méthodologie, les différents domaines du droit importent peu pour son utilisation et s'effacent devant la méthode. Il s'agit ici de dépasser la logique « méthodologique » et d'explicitier des justifications possibles relatives à « l'acceptabilité » de la méthodologie et de ses résultats, autrement dit à l'extension des outils de l'analyse économique au domaine juridique et à sa justification « extra économique ».

Dès lors que nous acceptons que le modèle de rationalité proposé par l'analyse économique peut retranscrire une part de la « réalité » – et il s'agit effectivement d'un acte de foi –, c'est-à-dire qu'un individu (ou un groupe d'individus « réunitarisé »), à un moment donné, peut se comporter comme le postule le modèle, l'analyse économique est susceptible de nous fournir des informations. Elle peut tout d'abord nous informer sur les conséquences d'un tel comportement (lorsque nous postulons aussi de certaines préférences « précises ») et tendre vers le prescriptif. Elle pourrait aussi être « explicative » même si cette dimension est indémontrable (et dépendra largement de la plausibilité du contenu des préférences). La justification de l'utilisation de l'analyse économique (c'est-à-dire le fait que nous considérons qu'elle est susceptible de nous apporter des informations) peut passer par deux stratégies.

La première vise à justifier la méthodologie et l'intérêt épistémologique de l'analyse de façon globale. Il s'agira simplement de mettre en évidence la logique de la rationalité économique et de sa transposition dans le domaine du droit (§1). Nous retrouverons alors, sous une forme renouvelée, la « logique » proposée par Holmes et son approche du droit en termes de *bad man*. *Comme l'individu « peut » se comporter de cette façon, l'analyse économique nous aide à saisir les conséquences pour le système juridique en testant sa robustesse.* Les résultats fournis sont à la fois positifs (conséquences possibles) et normatifs (devoir être dans la construction du droit).

²²⁵⁴ Avery Katz, *Foundations of the Economic Approach to Law*, op cit, p 411

La seconde stratégie vise une logique plus explicative. La validité de l'analyse économique n'est plus « globale » mais « locale » : elle varie en fonction des « domaines » du droit (§2). Si l'individu peut être rationnel au sens économique, il ne le sera pas de la même façon ou dans les mêmes proportions selon les « domaines » du droit. Afin de pouvoir affirmer que l'analyse économique « explique » quelque chose, il est nécessaire de s'assurer d'une certaine adéquation entre les hypothèses du modèle et la « réalité ». Cette adéquation ne sera pas étudiée ici sous l'angle empirique mais strictement *a priori* (la dimension empirique étant développée dans la prochaine section). Nous chercherons uniquement à présenter des éléments qui « entrent » en ligne de compte lorsque nous cherchons à « évaluer » les résultats de l'analyse économique du droit.

Notre approche se voudra critique. Il ne nous semble d'ailleurs pas que la « validité » de l'analyse économique du droit puisse se rechercher dans l'idée de domaines du droit, même si cette logique « traduit » une part des critiques et des justifications de l'analyse économique du droit. En un sens, la volonté d'ancrer l'analyse sur un socle « empirique » traduit « l'abandon » d'une détermination *a priori* de son champ de « compétence » (sans pour autant aller parfaitement au « bout » de la logique).

§1. La logique de la rationalité économique, la justification globale de l'extension du raisonnement économique à l'ensemble des phénomènes juridiques

« Investissez dans une affaire que même un imbécile pourrait diriger, car un jour un imbécile le fera »²²⁵⁵

Warren Buffett

Techniquement l'analyse économique repose sur deux piliers : la rationalité et l'efficacité. Le premier pilier conditionne la possibilité d'utiliser les outils de l'analyse économique et la possibilité de « prédire » le comportement des individus face à l'altération de leur environnement. C'est uniquement la justification de ce pilier qui nous intéressera²²⁵⁶ et plus particulièrement sa justification globale dans le domaine du droit.

²²⁵⁵ Warren Buffett, cité par Hélène Constanty, *Warren Buffett, L'Homme le Plus Riche du Monde*, 2008, Eyrolles, Paris, 193 pages, p

²²⁵⁶ La justification de l'efficacité a été présentée dans le deuxième chapitre de cette thèse.

Nous chercherons une justification positive, c'est à dire ce que l'adoption de l'analyse économique apporte directement. En effet, nous montrerons dans la suite de notre thèse que le simple fait qu'elle prenne position en connaissant les biais de son code est, en soi, une justification pour son existence et son utilisation.

Adopter le point de vue économique sur le comportement des individus peut tout d'abord se comprendre comme une stratégie du « moins pire » (illustrée par la citation de Buffett). Comme l'individu peut être rationnel au sens économique, le système doit être construit en fonction de lui (ce devoir être est en partie normatif, mais apporte aussi des connaissances positives comme la mise en évidence d'arbitrages ou la possibilité de certaines conséquences). Nous utiliserons ici la théorie des jeux et notamment le concept du maximin (A). L'adoption de la logique de la rationalité se fonde sur une incertitude épistémologique relative à la « nature » humaine mais ne tranche pas (explicitement) cette dernière question. L'analyse économique du droit peut alors se concevoir comme un test de robustesse du système juridique.

Cette stratégie n'est pas sans conséquences puisque, par définition, les individus vont s'adapter à la modification de l'environnement. Ces modifications conduisent à un certain échec de la justification globale (B) en mettant en évidence de nouveaux arbitrages et de nouveaux paramètres à prendre en compte (si nous ne considérons pas qu'il s'agit déjà là d'un apport). Le risque est notamment celui d'une perte de la communauté et donc la recherche d'un nécessaire équilibre entre des fins qui ne sont pas unitarisables. Cette représentation nous oblige à nous interroger à la place du droit parmi les autres ordres sociaux et à son impact sur ceux-ci. L'analyse économique du droit produit donc des informations à la fois positivement (par ce qu'elle prévoit) et négativement (par les questions qu'elle engendre).

A. Le droit et la logique du maximin, l'intérêt de la rationalité économique

L'économie présente différents concepts de rationalité mais tous se retrouvent sur un point : les individus répondent à des incitations et cherchent leur intérêt, même si le degré d'informations dont ils disposent, leur capacité à traiter les informations (et donc à « trouver » leur « intérêt ») ou à identifier et évaluer les alternatives varient. Cette proposition abstraite est indémontrable et l'acceptabilité de l'hypothèse selon laquelle l'homme n'agit qu'en raison de son intérêt perçu relève d'un acte de foi, ou au moins d'une croyance qui n'est pas sans lien avec la dimension culturelle sous-jacente (ce qui explique que l'analyse économique du droit soit née aux Etats-

Unis). S'il est toujours possible d'appréhender l'Homme dans son animalité²²⁵⁷, se pose la question de l'intérêt de cette démarche.

Comme la modulation du contenu des préférences permettra toujours de sauver l'architecture globale (*infra*), un modèle de rationalité peut permettre une post-rationalisation de n'importe quel acte. Le problème fondamental se trouve dans le contenu des préférences que nous attribuons. Si l'individu cherche son intérêt, il n'est possible de prédire son action que si nous connaissons ce qu'il valorise. Soit nous n'en avons qu'une idée « vague » et il valorisera par exemple l'ensemble des éléments de la pyramide de Maslow²²⁵⁸, mais alors il sera impossible de réellement prédire ; soit nous adoptons une conception plus précise du contenu des préférences, ce qui suppose l'introduction d'une forme de culture et des choix « non scientifiques » ; soit enfin les préférences sont posées afin de pouvoir tester la solidité de l'architecture juridique²²⁵⁹.

Pour autant, la simple plausibilité du postulat permet de « justifier » l'emploi d'un modèle de rationalité économique « radical » comme le modèle néoclassique, au moins concernant certaines dimensions du droit et sans préjuger d'une quelconque nature humaine²²⁶⁰. *Dès lors qu'il est possible que l'individu soit rationnel et que cette rationalité ouvre la potentialité du pire, le modèle de rationalité peut servir à l'ensemble de l'architecture juridique*²²⁶¹ ou au moins certaines dimensions de celle-ci. Si l'Homme peut être un citoyen, il peut aussi se comporter comme un animal enragé, et c'est dans cette dernière dimension que le droit a un rôle fondamental lorsqu'il peut éviter « le pire ».

²²⁵⁷ Il s'agit d'une formulation classique mais loin d'être exacte. Il suffit de se référer à n'importe quel ouvrage de Frans De Waal.

²²⁵⁸ Abraham Maslow, A Theory of Human Motivation, 1943, *Psychological Review*, vol 50, pp 370-396. Maslow identifie ainsi 6 besoins qui pourraient correspondre à 6 préférences fondamentales. Les besoins sont les suivants : besoins physiologiques, de sécurité, d'appartenance, d'estime des autres, d'estime de soi et d'accomplissement personnel. Notons que la vision de Becker peut intégrer ces éléments (et même les intégrer).

²²⁵⁹ Cette dernière hypothèse est proche de la précédente. Il suffit simplement d'imaginer les préférences les « pires ».

²²⁶⁰ Une nouvelle fois l'idée de test permet d'illustrer ce type de cas. Si le modèle de rationalité néoclassique constitue le test ultime de robustesse d'un système juridique, il peut être appliqué sans pour autant préjuger d'une nature de l'Homme. Le problème sera ensuite de savoir ce que nous allons faire des résultats de ce test.

²²⁶¹ Cette solution est par exemple défendue dans Geoffrey Brennan et James Buchanan, *The Reason of Rules, Constitutional Political Economy*, 1985, Cambridge University Press, Cambridge, 153 pages, spécialement chapitre 4, par exemple p 55 : « *To put the same point differently, if we array models of behavior along a conceptual spectrum from « worst case » to « best case » poles, the model that is appropriate for making a comparison among social arrangements is somewhat closer to the worst case pole than that corresponding to the simple « average » description of behavior* ». Pour une critique, voir Lewis Kornhauser, Virtue and Self Interest in the Design of Constitutional Institutions, 2002, *Theoretical Inquiries in Law*, vol 3, pp 21-47. Ces positions se fondent sur une considération plus restreinte que celle que nous souhaitons avancer ici dans la mesure où les auteurs se concentrent avant tout sur les questions constitutionnelles.

Le droit, sous l'angle économique, vise à favoriser une coordination efficiente entre les individus. Il est « clair », de ce point de vue, que la nature humaine a un impact dans la formulation des règles juridiques. Si tous les individus étaient des « anges », le droit serait parfaitement inutile. En revanche, s'ils ne se comportent pas tous comme des anges, le droit retrouve sa pleine « fonction » puisqu'il pourra lutter contre les comportements considérés comme inefficients. Le problème est alors de déterminer sur quelles bases construire ce droit. S'il existe une hétérogénéité entre les individus, aucun modèle de rationalité (ou de simple contenu des préférences) ne peut aider « parfaitement » à la prise de décision. Si nous considérons que le droit doit davantage s'intéresser à un « type » d'individu spécifique, le problème peut être dissout mais la question du choix du type reste posée.

Supposons pour la simplicité de la démonstration que nous n'ayons que deux types possibles d'individus (les saints – qui sont tout de même des pécheurs – et les démons ; de façon plus laïque, nous pourrions distinguer en fonction d'un esprit civique)²²⁶² et deux types de stratégies (construire le droit en supposant que les hommes sont des saints ou des démons). Nous obtenons alors la matrice suivante (les chiffres représentent la désirabilité sociale du système juridique²²⁶³) :

	Droit pour les saints	Droit pour les démons
Population de saints	10	9
Population de démons	1	5

Matrice 8 : *Construction du droit et types d'individus, modèle de base*

Si nous avons une population de saints et un droit créé spécialement pour les saints, le système est idéal et « s'évalue » à 10. Si nous avons une population de démons et un droit fait pour les

²²⁶² Dans une société il existe bien évidemment plus de deux types d'individus. Le problème sera de savoir dans quelle proportion et les caractéristiques de chaque type d'individu. La matrice ne sera alors plus construite de la même façon puisqu'elle devra tenir compte de la probabilité de répartition des différents types. La solution que nous avancerons par la suite ne sera plus nécessairement valable puisqu'elle supposera que le décideur souhaite ne prendre aucun risque. D'autres solutions pourraient se justifier : tenir compte de l'espérance de gain, de la variance, etc... Ce choix dépasse le choix économique car ses arguments ne sont plus strictement économiques.

²²⁶³ En supposant qu'on puisse connaître celle-ci. Même si cette connaissance est délicate, ce modèle sert aussi à explorer le domaine des possibles.

démons, le système juridique permet d'éviter le chaos et « s'évalue » à 5. Si par contre nous avons une population de démons et un droit fait pour les saints, le droit est parfaitement inadapté (parce que les règles ne sont pas suffisamment sanctionnées ou parce que certaines règles ne sont pas présentes dans le système juridique). Si nous avons une population de saints et un droit fait pour les démons, nous supposons, dans un premier temps, que la désirabilité sociale n'est affectée que de peu, voire pas du tout (nous lèverons cette hypothèse dans la prochaine division, notamment en raison du coût de gestion des règles).

Le concept de maximin peut nous aider à résoudre ce problème²²⁶⁴. Le principe est simple : il faut choisir l'alternative qui maximise le minimum des gains (ou qui minimise le maximum des pertes. Dans ce dernier cas le critère est celui du minimax). Dans notre cas, si nous ne pouvons pas identifier les caractéristiques de la population, il est préférable (intuitivement) de construire un droit fondé sur l'idée que la société est composée de démons dans la mesure où, dans le pire des cas, nous obtenons 5 et non 1. Dès lors, seul le type « démons » servira à la construction du système, même s'ils ne sont qu'une minorité dans la population.

Cette représentation reste très schématique puisqu'une population est hétérogène et que nous n'envisageons pas le problème de l'adaptation des individus (et par extension des ordres sociaux alternatifs) à la philosophie sous-jacente à la construction des règles juridiques²²⁶⁵. Il serait possible de subdiviser les types (par exemple 2 types de saints et 2 types de démons), sans pour autant que l'analyse soit modifiée : *si nous supposons que la philosophie sous-jacente à la construction des règles juridiques n'affecte pas les préférences ou l'évaluation des options, la logique du maximin impose de modéliser le droit sur la pire des situations* et dans ce cas nous pouvons trouver la logique d'un droit universel. Si nous supposons un lien entre la philosophie sous-jacente à la construction des règles juridiques

²²⁶⁴ Nous en utilisons ici une forme simplifiée qui ne retient que le principe général de la solution (nous n'évoquerons pas la question de ce théorème dans le cadre de stratégies mixtes). Pour une présentation peu technique de ce concept, voir Duncan Luce et Howard Raiffa, *Games and Decision*, op cit, p 67. Pour une présentation plus technique, voir, John Von Neumann et Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, op cit, spécialement pp 153-155 (démonstration dans le cadre d'un jeu à somme nulle du théorème du minimax). Techniquement, la solution avancée est celle du minimax (minimiser le maximum des pertes possibles). Elle est le fait de John von Neumann qui considère même que sans un tel théorème la théorie des jeux est impossible. Ce critère n'est cependant pas le seul et il faudrait tenir compte de l'environnement du choix. Nous supposons, pour simplifier, qu'il n'existe qu'un seul décideur. Si plusieurs décideurs sont présents, des considérations supplémentaires devront être prises en compte comme la question de la capacité à décider sous voile d'ignorance, le degré d'aversion au risque, etc. De même, notre modèle n'utilise pas de nombreuses options pour structurer le droit. Or, il peut apparaître plus efficient, parfois, de ne pas retenir la solution qui maximise l'utilité sociale dans la pire des situations mais une solution proche dans la mesure où le gain qu'elle engendre nous semble largement compenser les pertes (*infra*). Raisonner ainsi suppose néanmoins faire des choix et donc les justifier ; nous sortons alors du raisonnement strictement économique.

²²⁶⁵ Il faudrait aussi signaler la possibilité de construire un modèle évolutionnaire. Ceci serait certainement intéressant mais complexifierait trop notre analyse. Le point que nous souhaitons avancer ne la demande pas.

et les préférences des individus²²⁶⁶, ce dernier résultat n'est plus parfaitement valable (*infra*). Rien n'indique par exemple que des institutions créées en tenant compte d'individus « économiques » fonctionneront bien si les individus ne se comportent pas de façon économique²²⁶⁷.

La situation la pire, dans laquelle le droit aurait encore un rôle, serait la suivante : seul le droit est susceptible d'affecter le comportement des individus (les ordres sociaux non juridiques n'ont aucune efficacité, ce qui suppose par exemple que la morale n'a aucun impact) et ceux-ci chercheront toujours à faire prévaloir leurs préférences strictement égoïstes (l'un peut être considéré comme un corollaire de l'autre)²²⁶⁸. La détermination de telles préférences se fait sur la base de l'idée de raisonnable (nous supposons par exemple qu'un individu préférera 10 à 5, ce qui est déjà une prise de position) mais aucune possibilité vraisemblable n'est exclue (si nous sommes dans la logique du test et non d'une construction raisonnable d'un système de droit). En d'autres termes, *l'individu, dans la pire des situations, ne répond qu'aux incitations fournies par le droit*²²⁶⁹.

Si nous les dotons en plus d'une information parfaite (ils connaissent toutes les règles juridiques) – ou au moins optimale (ils en connaissent un certain nombre²²⁷⁰) – et d'une capacité à traiter ces informations (ils sont capables de comprendre les règles et de trouver l'ensemble, ou au moins une partie, des failles du système juridique), nous obtenons un modèle de référence pour construire le droit²²⁷¹, ou au moins pour le tester. Autrement dit, *il s'agit de considérer que le pire est toujours potentiel et que le droit cherche à limiter cette possibilité du pire*. Le droit suit une logique de précautions et n'a pas à s'intéresser à la véritable « nature humaine » mais à un « type » d'individu particulier ou à un type de rationalité possible.

²²⁶⁶ Nous n'envisageons ici que les préférences au sens de préférences de premier niveau et non de préférences abstraites. Si nous retenons l'idée de préférences abstraites, le problème serait celui de l'impact de la construction du droit sur les autres ordres sociaux.

²²⁶⁷ Par exemple Lewis Kornhauser, *Virtue and Self Interest in the Design of Constitutional Institutions*, pp 40-45. Nous reviendrons sur ce type d'argument dans notre prochaine subdivision.

²²⁶⁸ En un sens nous supposons que l'Homme n'est pas encore un citoyen pour reprendre la logique rousseauiste. La plausibilité des préférences égoïstes signifie que les autres ordres sociaux n'ont aucun impact pour « former » l'esprit. L'individu retrouve son « animalité » mais sa capacité à anticiper est mise à contribution pour éviter le pire. Nous ne recherchons cependant pas à « construire » une société.

²²⁶⁹ Ce qui peut expliquer la tendance actuelle du droit à englober tous les problèmes de coordination entre les individus. Pour que le raisonnement soit valide, l'égoïsme radical ne doit pas être considéré comme une valeur désirable.

²²⁷⁰ Se posera alors le problème de leur détermination pour identifier des conséquences pratiques.

²²⁷¹ Ceci permet surtout de disposer d'une position pour étudier. En effet il est beaucoup plus vraisemblable que les individus ont une rationalité limitée. Un droit construit pour des individus disposant d'une information parfaite ne sera pas le même qu'un droit construit pour des individus ne disposant pas d'une information parfaite. Ce point est particulièrement important et remet en question l'approche du droit sous l'angle de la rationalité néoclassique avec information complète ou optimale.

A peu de choses près (pour ne pas parler d'une parfaite identité), nous retrouvons le modèle de rationalité néoclassique et une justification possible pour sa transposition dans le monde du droit. Pour le droit, le problème est celui de l'individu qui cherche à tirer profit de toute situation (et qui dispose de l'ensemble des outils pour), donc potentiellement de façon « non légitime » (d'un point de vue d'efficacité globale, voire de morale), et qui ne s'intéresse qu'aux incitations strictement juridiques.

Signalons que le pire serait en fait un individu (ou un ensemble d'individus) qui agit sans analyser les conséquences de ses actions. Dans ce cas le droit ne pourra rien faire puisqu'il ne pourra agir sur le comportement d'un tel individu. L'enfermement des « fous » peut alors se comprendre. Le problème devient celui de « soigner » plus que de « punir » – tout en mettant à l'écart – dans la mesure où la logique de la sanction est, par définition, inutile. Le pire correspond aussi à la situation dans laquelle nous avons à faire à un masochiste puisqu'il ne répondra pas comme le reste de la population aux incitations. Il s'agit donc de rechercher un modèle « du pire » qui reste appréhendable par la logique du système et qui s'inscrit dans une certaine culture.

Cette vision n'est pas étrangère aux juristes, même si elle est souvent exprimée de façon différente. Montesquieu avançait ainsi que « *c'est une expérience éternelle tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites* »²²⁷². De même, Madison expose son approche de la séparation des pouvoirs à partir du postulat que les gouvernants ne sont pas des anges²²⁷³. C'est d'ailleurs pour cela qu'il préférerait une division du pouvoir à une simple déclaration des droits. Il est même possible de considérer que si nous acceptons les présupposés permettant de justifier la séparation des pouvoirs (et notamment la tonalité individualiste et libérale de l'approche), nous devrions accepter la logique avancée par l'analyse économique du droit qui ne fait qu'extrapoler cette logique. Dans les deux cas, nous essayons de construire un système permettant de limiter les possibilités d'action des individus qui ne répondent qu'à des incitations strictement juridiques. En effet, le pouvoir c'est la possibilité de faire (et non le droit, puisque le droit n'est qu'une invitation) ; si tout pouvoir tend à en abuser alors le « but » du droit est de veiller à ce que par la disposition des choses le pouvoir ne puisse pas abuser de son pouvoir (qu'il s'agisse d'un pouvoir permettant d'agir dans la sphère publique ou dans la sphère privée, d'un pouvoir individuel ou d'un pouvoir collectif)²²⁷⁴.

²²⁷² Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, [1748] 1831, Pourrat et Frères, Paris, tomes 1, 508 pages, p 291, Livre XI, Chapitre IV

²²⁷³ James Madison, *The Federalist* n°51, op cit, p 295

²²⁷⁴ Notons que nous pouvons nous intéresser à la logique du pire pour la construction du système ou pour la modification du système. Si une mesure ne s'avère pas conduire aux effets escomptés, il sera possible d'utiliser un modèle de rationalité pour modifier la règle en supposant que les individus ne répondent qu'aux incitations fournies par le droit. A minima, l'analyse

Cette logique ne se retrouve d'ailleurs pas uniquement au niveau constitutionnel. Holmes affirme ainsi, d'une manière qui reste très ancrée dans la *common law*, que « *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 of it, in the vaguer sanctions of conscience* »²²⁷⁵. Ihering adopte une position similaire à celle de Holmes: « *The criminal is not concerned about the purpose of the State or of society, he is guided in his deed solely by his own purpose, by his lust, his greed or other viciousness, in short, his interest. But it is exactly this interest of his with regard to which the State calculates what means for protecting itself against him it has, by punishment* »²²⁷⁶. L'objectif de ces auteurs était donc de trouver un levier toujours effectif pour altérer l'environnement et donc les choix des individus. Par défaut, seul ce levier est effectif et, par précaution, il s'agit de construire le droit en supposant que le « pire » est possible. Dans ce cadre, la gradation des peines est liée à la « gravité » des actes uniquement de façon accidentelle ; elle n'est pas liée à une idée de réparation, elle vise simplement à diminuer la probabilité du pire. Si le viol était assorti de la même sanction que le meurtre, l'individu pourrait avoir « intérêt » s'il a violé, à tuer sa victime (car cela supprime un témoin potentiel).

L'idée d'efficacité est sous-jacente à la logique du pire²²⁷⁷ puisqu'elle permet de l'identifier (même si une simple relation ordinale suffit²²⁷⁸), voire même de l'évaluer. La possibilité d'utilisation du maximin suppose la capacité d'identifier le niveau de « satisfaction » d'un ordre social (ce qui peut se faire sur la base des différents critères d'efficacité même si, en principe, la logique de l'analyse coûts-bénéfices est privilégiée²²⁷⁹) et de pouvoir choisir entre différents niveaux (ce qui suppose

économique pourra avancer une « tendance » : si la sanction augmente, l'action devrait diminuer (sauf effets de trappes). Cette tendance ne peut cependant pas être précisément déterminée puisqu'elle dépend du modèle de rationalité considéré.

²²⁷⁵ Oliver Holmes, *The Path of Law*, op cit, p 459

²²⁷⁶ Rudolph von Ihering, *Law As a Mean to an End* (traduction du volume 1 de *Der Zweck im Recht*), 1913, Boston Book Company, Boston, 483 pages, p 33 et plus largement chapitre III (Egoism in the Service of Altruistic Purposes), pp 25-35. D'une manière générale cet ouvrage reprend une logique similaire à celle de l'analyse économique du droit sans pour autant en utiliser les outils ; seul le code diffère.

²²⁷⁷ Rappelons que le pire n'est pas l'absence d'infraction ; l'efficacité demande uniquement la limitation des infractions sous optimales au regard des ressources disponibles.

²²⁷⁸ Il faut se souvenir que l'efficacité vise à nous fournir un critère technique permettant d'évaluer des situations. Les critères économiques ont cette « fonction ». Lorsque le critère de Pareto n'est pas retenu, rien n'interdit d'agréger les préférences de différentes façons, si bien que l'évaluation de la situation dépendra de préférences relatives à l'idée de désirabilité d'une situation sociale. Remarquons que l'idée même de démons et de saints suppose une prise de position relative à la désirabilité de chacune de ces catégories.

²²⁷⁹ Celle-ci n'a d'ailleurs pas à être précise, il suffit qu'elle permette de « choisir » entre différentes options (si bien que n'importe quelles valeurs peuvent être « promues »). Elle ne nécessite pas une évaluation précise des différentes options. L'analyse coûts-

une certaine unidimensionnalité des différentes options, ce qui conditionne le choix du critère d'efficacité pour la première étape).

Certains des critères peuvent, eux aussi, se comprendre avec la logique du pire. Le critère de Pareto – l'unanimité – signifie que les participants à une relation modifiable uniquement sur la base de l'unanimité ne souhaitent pas voir leur situation se détériorer. Le critère de Rawls – et plus largement la logique de la décision sous voile d'ignorance – se justifie aussi par la logique du pire sauf que, dans ce cas, c'est la situation globale (le fonctionnement du système avec une attention toute particulière portée aux bien-être des plus pauvres) qui est envisagée et non la situation « locale » (une relation juridique spécifique). Enfin, l'idée de « mimer » les résultats du marché peut, elle aussi, se comprendre dans la logique du pire : la pire des situations est celle dans laquelle une décision est prise et où tout le monde se conforme à cette décision²²⁸⁰. Si l'efficacité sociale est perçue comme un objectif, cette logique peut se comprendre, surtout lorsqu'il existe une aversion au risque (sans quoi une gradation peut intervenir, par exemple en tenant compte de la variance).

Cette justification de l'utilisation de l'analyse économique du droit est globale et ne dépend pas d'un domaine ou d'un système de droit (ce qui ne signifie pas pour autant que la dimension culturelle n'a pas une influence sur le fonctionnement du système). Elle est valable à la fois pour le droit privé, pour le droit public et pour l'ensemble des droits. Sous cet angle, sa valeur est la même pour tous ces domaines : il s'agit de tester la robustesse du système. L'analyse économique du droit permet d'envisager à l'aide des mêmes outils le comportement des particuliers, des hommes politiques et des juges, en supposant que chacune de ces catégories ne répond qu'aux incitations fournies par le système juridique. Si tel n'est pas le cas certains résultats devront être qualifiés (le test de robustesse n'a de pouvoir normatif que si nous adhérons à la logique du minimax). Cette justification suppose néanmoins l'adhésion à une culture occidentale marquée par l'individualisme et le libéralisme (quoi qu'il soit possible, en faisant varier l'idée du pire – entendue ici largement comme inefficacité – , de transposer ce raisonnement à un système communiste ou fasciste... souvent d'ailleurs pour en montrer l'instabilité).

Cette justification ne vise pas la dimension explicative du comportement des individus (la rationalité ne retranscrit pas le comportement des individus et ne prétend pas le comprendre), elle

bénéfices devient alors un « symbole » d'évaluation plus qu'une procédure strictement économique. Nous ne cherchons pas à savoir si commettre un viol est plus désirable que commettre un viol et un meurtre, nous l'acceptons comme une évidence.

²²⁸⁰ Si personne n'appliquait la décision, elle n'aurait pas d'impact et le réel ne changerait pas. Si nous supposons que seules les parties au litige changent leurs comportements, même lorsque le juge ne « trouve » pas la solution optimale, l'effet n'est pas dramatique.

touche une possibilité d'explication de la logique des normes juridiques. Le type de « connaissance » que peut nous apporter l'analyse économique du droit est donc lié à la justification sous-jacente de son utilisation. L'idée de connaissance n'est que relative à un programme.

Afin de justifier l'utilisation de l'analyse économique dans une perspective globale, il est nécessaire de considérer que le droit est construit pour éviter que le pire ne se produise et que les individus de référence ne répondent qu'aux incitations juridiques²²⁸¹. Du point de vue informatif, le test que peut représenter l'analyse économique du droit est toujours pertinent. Du point de vue descriptif et normatif, il est nécessaire de qualifier davantage les résultats.

B. La logique de la rationalité économique et ses conséquences : l'échec de la logique de justification globale ?

La justification de l'utilisation de la rationalité économique dans l'optique de la logique du pire²²⁸² n'est parfaitement valable que si nous supposons que la philosophie sous-jacente aux règles juridiques – mais aussi à l'ordonnement juridique²²⁸³ – n'a pas d'impact (ou un impact négligeable) sur une partie de la population²²⁸⁴ et plus largement si nous considérons que les différents ordres sociaux ne sont pas en interaction et n'influencent pas, eux aussi, le comportement des individus. En effet, dans ce type de cas, même s'il est possible de conserver la logique du maximin, la modélisation du droit à partir d'une conception « démoniaque » ou « non civilisée » (à la fois dans les préférences et dans l'idée qu'il ne répond pas aux incitations extra-juridiques) de l'Homme ne se justifie plus nécessairement. Le modèle de rationalité comme socle pour la construction du système juridique n'apparaît plus parfaitement adapté, même dans le cadre de la logique du pire, et la place du droit parmi les ordres sociaux ne peut plus être négligée.

Supposons que la société soit composée de 4 types d'individus selon un degré de « sainteté » ou de « citoyenneté » (sur cette échelle 1>2>3>4). Ceux-ci sont affectés par un droit qui ne

²²⁸¹ Techniquement, les ordres sociaux doivent être pris en considération mais l'ordre social ne fait que traduire un ensemble de comportements individuels ; le problème sera donc de déterminer l'impact sur le comportement des individus.

²²⁸² Au sens de modélisation à partir du pire des individus et non de limitation de la possibilité de la survenance du pire. Nous restons dans la logique du test.

²²⁸³ Une institution peut être parfaitement adaptée à un comportement économique et totalement inadaptée si elle est dirigée par un individu qui ne répond pas à la logique de l'incitation économique.

²²⁸⁴ ce qui pourrait sembler paradoxal en première analyse puisque l'un des postulats de l'analyse économique est que les individus répondent aux modifications de leur environnement

correspond pas à leur « type ». Si le droit est trop laxiste par rapport à leur type, il existe une inefficience dans la mesure où le droit aurait pu « empêcher » les individus de commettre des actions inefficaces du point de vue collectif. Si le droit est trop strict par rapport à leur type, la désirabilité sociale du système diminue rapidement. Cette hypothèse reste pour le moment théorique mais nous en proposerons une justification dans la suite de cette sous-partie. Elle traduit par exemple l'effet de la philosophie sous-jacente du système juridique sur les préférences (le droit a un impact sur les préférences), la désirabilité « estimée » d'un système (le droit a un effet externe sur le bien-être des individus) et la perte d'efficacité relative à l'inadaptation des institutions à des « types » d'individus plus citoyens. Elle nous oblige dès lors à revenir sur le raisonnement en termes de *bad man* et à le qualifier en fonction des différents domaines du droit. En supposant qu'il soit possible d'évaluer sur une échelle unidimensionnelle la désirabilité sociale du système juridique relativement à chaque type d'individu, nous obtenons la matrice suivante :

	Droit type 1	Droit type 2	Droit type 3	Droit type 4
Type 1	10	8	5	2
Type 2	8	9	8	5
Type 3	4	5	7	5
Type 4	1	2	4	6

Matrice 9 : *Construction du droit et types d'individus, complexification*

Si nous ne connaissons pas la répartition des différents types²²⁸⁵ au sein de la société mais seulement leur existence et si nous considérons que chaque type doit être traité de façon égale²²⁸⁶,

²²⁸⁵ Il est vraisemblable que la société soit composée de « types » différents et que cette répartition ait un impact sur les préférences des individus et la désirabilité du système. Les chiffres représentent les cas dans lesquels il n'existe qu'un seul type d'individu et qu'un seul type de droit ou encore la situation dans laquelle chaque type d'individu n'est pas affecté par la composition de la société (l'utilité sociale de l'individu de type 1 ne varie pas même s'il est le seul de son type). Cette hypothèse est évidemment restrictive mais suffit à notre raisonnement.

²²⁸⁶ Notons que cette hypothèse est la moins problématique. « Avantager » un type plutôt qu'un autre suppose une justification qui rentre difficilement dans le cadre du code économique. Si nous disposons d'informations supplémentaires, il serait possible d'envisager une approche statistique. Nous sommes dans ce cas confrontés aux problèmes de la construction de la fonction de bien-être social (envisagés dans le deuxième chapitre de cette thèse) et donc à l'introduction de considérations extra-

la logique du maximin nous aide à prendre une décision. Sans information supplémentaire sur les probabilités des différents types, nous retiendrons le droit basé sur des individus de type 3 dans la mesure où la désirabilité sociale du système est au minimum de 4 (contre entre 1 ou 2 pour les différents autres types).

Modéliser le droit à partir de l'individu « le pire » n'est donc pas efficient en l'espèce et il sera possible de réintroduire de la diversité dans la construction des systèmes juridiques²²⁸⁷ en tenant compte, notamment, de l'impact de la culture et plus largement des autres ordres sociaux. Il sera aussi possible de faire des choix « non économiques » touchant à une hypothétique fonction de bien-être social (qui suppose que le groupe ne soit pas envisagé simplement comme une somme d'individus « égaux »). Plus encore, si nous acceptons une telle influence du droit sur la désirabilité sociale perçue d'un système, l'axiomatique économique (concernant la rationalité et par extension l'efficacité) ne peut plus se justifier de façon globale (ce qui ne signifie pas qu'une justification locale soit impossible ; la valeur des résultats de l'analyse variant avec les domaines du droit ou d'autres paramètres) ou nous impose de ne pas analyser un comportement sous le seul angle de l'incitation juridique. La logique du maximin conserve une dimension économique, mais la matrice que nous avons construite n'est que théorique. Dès lors qu'il est possible que cette matrice représente une situation concrète, il faudra « prouver » que le conceptualisme utilisé pour construire le droit est pertinent : si le pire a l'avantage d'être relativement prévisible (justement car nous retenons une forme de prévisibilité du pire²²⁸⁸), toute tendance intermédiaire est beaucoup plus délicate à prévoir ou à modéliser²²⁸⁹, et donc à circonscrire. Elle suppose aussi la réalisation de choix qui ne seront pas strictement économiques.

Reste alors à établir que les hypothèses que nous avons avancées sont possibles et même probables. Si tel est le cas, l'applicabilité des hypothèses classiques de l'analyse économique aux phénomènes juridiques ne peut se justifier de façon globale.

a. Tout d'abord, le système juridique adapté au « type » (cases diagonales) a une désirabilité qui diminue au fur et à mesure que le « type » utilisé pour la construction du système est plus

économiques. Ces considérations sont nécessaires uniquement si nous tentons de développer une vision du groupe et non une vision de l'individu. La philosophie politique pourra entrer à ce niveau.

²²⁸⁷ Et l'idée de types d'individus correspond déjà à une catégorisation arbitraire.

²²⁸⁸ Notons que le modèle économique nous aide aussi à chercher le pire et force le décideur à une forme de paranoïa.

²²⁸⁹ Par exemple, l'information parfaite traduit une potentialité du pire. Les conséquences de l'information imparfaite sont beaucoup plus délicates à saisir à un niveau agrégé et à un niveau dynamique. L'individu devient alors imprévisible, ce qui empêche de disposer d'une base parfaitement stable pour construire le droit.

« démoniaque »²²⁹⁰. Ceci traduit différents éléments. Nous ne nous intéresserons ici qu'au principal.

Plus le système juridique est construit sur le fondement d'individus démoniaques, plus il sera développé et donc coûteux (pour son maintien et pour son fonctionnement)²²⁹¹. Si les individus sont tous des anges, le système juridique est largement « inutile » ; la « morale », suffisamment homogène et partagée, est suffisante²²⁹². Si les individus sont modélisés à partir de la logique du pire, l'impact des autres ordres sociaux n'est pas pris en considération. Le coût de fonctionnement du système juridique est donc automatiquement plus élevé puisqu'il doit englober l'ensemble des aspects de la société²²⁹³. De même, à coût de fonctionnement égal, moins d'actes pourront être sanctionnés.

b. Concernant la désirabilité sociale d'un système lorsque le droit est trop laxiste par rapport à un type, la justification est triviale. Supposons que dans l'environnement 1 le vol ne soit pas réprimé juridiquement mais moralement (le raisonnement s'étend cependant à s'importe quelle incitation fournie par un ordre social). Cet environnement pourrait être adapté à une situation dans laquelle la force de la morale est importante. Si un individu est d'un « type » pour lequel la force de la morale est faible, voire inexistante, il pourra décider de voler sans que ceci soit considéré comme « justifiable » (voire efficient) du point de vue de la société. Si le droit était construit par rapport à son « type » (environnement 2), les vols commis auront tendance à être plus « efficaces » (en raison de l'adaptation du droit, une partie des actes commis dans l'environnement 1 ne seront pas commis dans l'environnement 2). Logiquement, plus le « type » servant de modèle au droit se rapproche du « type » de l'individu, plus la désirabilité sociale du système augmente (à la fois pour

²²⁹⁰ L'idée de démoniaque sera utilisée ici dans un sens précis : l'individu peut avoir les pires des préférences et il ne répond qu'à des incitations juridiques.

²²⁹¹ Il serait à notre avis possible de mesurer la force des ordres sociaux à l'étendue d'un système juridique.

²²⁹² Nous restons ici sur une vision classique. En effet, la morale peut être considérée comme oppressive et le droit peut contribuer à diminuer cette « oppression ». Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point. Il est cependant possible de considérer que la morale est un « programme » ancré dans l'individu (et dont il n'a pas réellement conscience pour qu'il ne puisse pas penser son oppression). Plus largement, le système que nous développons est compatible avec n'importe quelle conception suffisamment « classique » (la morale nietzschéenne n'est pas parfaitement modélisable de la même façon) d'un « bon » comportement. L'idée de saints et de démons est certainement ancrée dans une culture judéo-chrétienne même si nous avons utilisé ces termes sans orientation religieuse. Ils nous semblent permettre d'illustrer notre propos et aucun véritable contenu n'est postulé.

²²⁹³ L'un des points central mis en évidence par cette logique est celle de la détermination du domaine propre du droit : peut-il englober l'ensemble des aspects de la vie en société ? Nous verrons que l'effet pervers de l'extension du droit à l'ensemble des aspects de la vie en société correspond à la disparition des ordres sociaux alternatifs et donc, indirectement, au renchérissement de son coût de fonctionnement.

l'individu²²⁹⁴ et pour le groupe²²⁹⁵). Nous supposons donc que le coût marginal lié au développement du système juridique égalise le bénéfice marginal de son développement lorsque le droit correspond au « type » à partir duquel il a été modélisé.

c. La variation de la désirabilité sociale (estimée par l'individu) lorsque le droit est « trop » strict par rapport à son « type » fait jouer des mécanismes plus complexes et conditionne la possibilité de la structure des résultats de notre matrice. Le problème est celui de l'impact sur la perception de la désirabilité de l'action²²⁹⁶ (soit objective, soit subjective) et la conséquence de cet impact (vision plus dynamique). Globalement dès lors que nous considérons que les ordres sociaux sont en interaction, l'action de l'un a un impact sur l'action de l'autre et les comportements des individus ne sont plus parfaitement prévisibles. Tenir compte de ces effets suppose des choix qui dépassent l'argumentation *économique*.

c1. *La désirabilité d'une action peut être affectée directement par le droit.* Suite aux attentats du 11 septembre, les mesures de sécurité ont été renforcées dans les aéroports (ou dans les lieux publics). Un individu qui n'a pas de projet terroriste voit donc le coût lié à l'utilisation de ce moyen de transport augmenter. Ceci ne signifie pas qu'il ne perçoit pas les avantages liés à l'absence d'attentats, mais eu égard à la faible augmentation de la probabilité d'un décès en avion, le bénéfice marginal privé (et anticipé) des mesures peut être inférieur au coût marginal privé (et anticipé) du passage à travers ces mesures. En supposant que cet individu soit rationnel, il aura tendance, toutes choses égales par ailleurs, à retirer moins de « bien-être » de l'utilisation de ce moyen de transport. Nous retrouvons ici une logique classique valable pour tous les types d'individus (car si un individu est terroriste, il ne souhaite pas être, lui-même, pris dans un attentat terroriste).

²²⁹⁴ Il suffit de faire des variations sur le thème hobbesien et la nécessité de l'Etat.

²²⁹⁵ Si nous acceptons que la société est composée de différents « types » d'individus. Nous supposons néanmoins que la « mesure » de cette « utilité » ne pose pas de problèmes (ou que les problèmes ont été résolus).

²²⁹⁶ Techniquement, il aurait fallu distinguer l'affectation des préférences et l'affectation du bien-être (à travers par exemple la modification de la structure des prix engendrée par les règles juridiques). Dans la mesure où le concept de préférence est « flou », nous avons préféré évoquer l'idée plus générale de l'affectation de la perception (et du sens) des actions. Cette appellation traduit les deux premières et s'ancre dans une logique plus subjectiviste. Nous considérons en effet que les préférences ou le bien-être dépendent davantage de leur perception que d'une quelconque évaluation objective.

Dans la mesure où la logique préventive²²⁹⁷ permet d'agir, par ricochet, sur un ensemble d'autres actions considérées comme « nuisibles » (difficultés accrues pour faire passer de la drogue ou pour entrer illégalement dans un pays), plus le « type » est éloigné du « type » servant au modèle du droit, plus le « coût » imposé par ces mesures sera important car celles-ci seront « inutiles » au regard du « type » (dans la mesure où les autres ordres sociaux auront pris le relais). Par exemple, si nous modélisons le droit à partir du type 4 et que nous n'avons que des individus de type 1, les mesures sont inutiles et conduisent à des inefficiences. Globalement le système juridique est donc moins désirable que si le « type » servant à la modélisation est le même que le « type » des individus vivant *réellement* dans la société (ici les individus de « type » 1). Si plusieurs « types » d'individus vivent dans la société, l'argument de l'inutilité des mesures ne tient plus que relativement ; ces mesures ne sont inutiles que pour certains « types » d'individus. L'évaluation globale de la désirabilité du système suppose de faire des choix extra-économiques, que nous avons refusés de faire ici. Leur simple présence suffit à notre propos (puisque'ils imposent de dépasser la simple logique des incitations).

Dans le même ordre d'idées, *s'il s'avère que certaines institutions fonctionnent moins bien lorsque les individus sont plus vertueux que le modèle ayant présidé à la construction de ces institutions, un coût en résultera nécessairement*²²⁹⁸. Le marché par exemple, ne fonctionne bien que si les individus se comportent de façon rationnelle au sens néoclassique. L'altruisme est même sorti de la logique de l'équilibre général puisqu'il est conçu comme une forme d'externalité. Il existe une relation entre la désirabilité du type présent dans la société et le type ayant servi à la construction du droit. Le droit n'est ainsi pas adapté.

Lorsqu'elles ne sont pas bien « calibrées », ces mesures peuvent avoir un effet pervers et contribuent à amplifier un phénomène (nous retrouvons le problème de la dépendance par rapport au chemin). Supposons qu'une école offre un service de garderie. En se fondant sur la logique du pire, il est nécessaire qu'il existe des sanctions lorsque les parents viennent chercher leurs enfants en retard (sinon ils pourraient en profiter de façon abusive). Supposons que nous ayons deux types de parents. L'idée serait que les parents de type 1 continuent à aller chercher leurs enfants à l'heure et que les parents de type 2, contraints par la sanction, ne profitent pas de

²²⁹⁷ Cette logique préventive peut aussi se retrouver au niveau du droit constitutionnel. Il suffit de penser par exemple aux délais imposés pour la révision constitutionnelle sous la IV^e république (article 90), ou à l'article 2 de la loi du 14 août 1884 précisant que « *Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République* ». De la même manière, la division du pouvoir étant un frein à l'action, ce frein (ou seulement une partie) peut être « inutile » lorsque certains « types » d'individus sont au pouvoir.

²²⁹⁸ Lewis Kornhauser, *Virtue and Self Interest in the Design of Constitutional Institutions*, op cit, pp 42-45 par exemple.

l'impunité et vont chercher leurs enfants à l'heure. Cette logique est parfaitement concevable si la sanction est très élevée (mais dans ce cas des effets pervers surviendront aussi puisque le bénéfice de la garderie pourra diminuer). Si par contre la sanction est suffisamment faible, la conséquence peut être dramatique. L'obligation d'aller chercher les enfants à l'heure devient une simple invitation dont le prix du non respect est clairement identifié. Dans ce cas, le droit « court circuité » un ordre social plus vaste qui fait de cette obligation une *obligation*. Les parents n'ont pas à chercher leurs enfants à l'heure parce qu'ils doivent le faire mais parce que, sans cela, ils seront sanctionnés. Une partie des parents de type 1 pourront donc modifier leur comportement. La perception de *l'obligation* n'est plus la même : au-delà d'une certaine heure, je dois payer un service de garderie, ce qui signifie que je n'ai pas l'obligation d'aller chercher mes enfants à l'heure. Effet pervers ultime (lié au phénomène de dépendance par rapport au chemin), revenir à la situation antérieure peut conduire une partie des parents à considérer que le prix lié au retard est « inclus » dans la rémunération du service. Le droit a alors agi sur le « sens » de l'action sans tenir compte de l'impact des autres ordres sociaux pour établir un équilibre.

Enfin, si nous supposons que les individus ont une rationalité limitée, envisager le pire peut le rendre possible dans la mesure où cela présente des options possibles aux individus qui n'y auraient pas « pensé ». En offrant certaines options du domaine du possible, le droit peut alors avoir un effet négatif. De même, la construction du droit présuppose que l'individu connaîtra les contraintes construites pour peser sur son choix. Si tel n'est pas le cas, par exemple car son information n'est pas parfaite, les actions de l'individu ne seront plus prévisibles et l'espace de ses choix sera plus ouvert (puisque les coûts liés à certaines contraintes sont négligés).

c2. Le deuxième effet touche une dimension plus subjective. Si nous considérons que les individus ont une préférence pour être traités selon leur type (donc ne pas être traités « injustement »), plus le « type » présidant à la construction du système juridique sera éloigné du « type » de l'individu, plus le système juridique sera « coûteux » (du point de vue de l'individu). Autrement dit, il existe un « coût » plus subjectif que dans la situation précédente : non seulement les mesures de sécurité dans les aéroports sont coûteuses par elles-mêmes mais, en plus, la perception du coût est distordue par la préférence des individus pour être traités selon leur « type » (perception de la « justice » du traitement).

Dans la mesure où « la légitimité » de la mesure appliquée a un impact sur l'évaluation de la désirabilité d'une situation, certains individus verront la désirabilité du système juridique diminuer au fur et à mesure que le droit sera construit à partir d'un « type » éloigné. Le fait que le droit se construise à travers le modèle de l'individu rationnel calculateur peut ainsi engendrer des « coûts » pour les individus qui

considèrent que la dimension « humaine » devrait être prise en compte. Dans le pire des cas, elle peut conduire certains individus à ne pas entrer dans un domaine d'activité en raison même de ce type de coût. Un homme politique qui pense entrer dans une arène politique en sachant que tous ses actes seront perçus comme des calculs pourra hésiter à s'y engager si la motivation de ses actions est différente (subjectivement). En revanche, un individu calculateur pourra entrer en politique. Si nous appliquons une logique évolutionnaire avec un mécanisme de réplication, en supposant qu'il existe une population d'hommes politiques et que cette population puisse se reproduire, les individus « moraux » pourront être éjectés de ce type de poste²²⁹⁹. Par ailleurs, plus la population sera composée d'individus calculateurs, plus un individu pris au hasard dans cette population sera considéré comme calculateur, ce qui diminuera encore l'incitation d'un individu non calculateur à entrer sur ce type de « marché » (nous retrouvons un mécanisme de racisme rationnel, *infra*).

Par extension, les individus peuvent souhaiter que l'ensemble des membres du groupe soit traité selon un type non « démoniaque » (peut-être pour se rassurer sur leur « type »). Le rejet de la peine de mort ou de la « torture » même si leur « utilité » pouvait être prouvée (par hypothèse) peut s'interpréter sous cet angle. L'individu peut se convaincre de son niveau de « civilisation » au regard du droit de son Etat, si bien que la logique des conséquences « empiriques » est laissée de côté. Même lorsque le droit n'affecte pas directement l'individu (pour revenir à notre exemple, nous supposons qu'il ne prend jamais l'avion), ce coût « subjectif » peut subsister. Le fait que le droit soit perçu comme une autorité (ce qui suppose un renforcement par les autres ordres sociaux²³⁰⁰) et non un simple pouvoir retranscrit un tel effet.

c3. Le troisième effet est dynamique. Supposons que nous ayons toujours 4 « types » d'individus et que le système juridique soit fondé sur le « type » 3. Supposons que le système juridique soit suffisamment bien construit pour que les trois premiers types d'individus ne commettent pratiquement que des infractions socialement efficaces (95% du temps). Supposons que ceux du type 4 commettent 40% d'infractions socialement efficaces. Nous supposerons enfin qu'une infraction socialement efficace est plus rare qu'une infraction efficace du point de vue privé.

Du point de vue des agents veillant au respect des règles, statistiquement, une violation aura plus de chance d'être commise par des individus de « type » 4. Ces agents auront donc « tendance » à traiter les individus commettant une infraction en fonction de ce « type » 4 puisqu'ils ne peuvent

²²⁹⁹ Nous considérons une situation extrême mais qui, théoriquement, n'est pas impossible.

²³⁰⁰ Le droit sous l'angle économique n'est donc qu'un simple pouvoir.

pas « identifier » le « type » de l'individu. Cet effet vient renforcer le « coût » lié au non traitement selon le « type » et contribue à diminuer la désirabilité estimée du système juridique²³⁰¹ pour une frange de la population.

De même, supposons qu'il existe des statistiques concernant une infraction particulière et que ces statistiques soient construites autour de caractéristiques physiques (couleur de peau, taille, âge, etc.). Supposons que ces statistiques montrent qu'un type particulier d'individus a tendance à commettre plus d'infractions que les autres types d'individus (l'écart peut être infime, par exemple 12% et 12,2%). Si les forces de l'ordre veulent « maximiser » leurs résultats, elles auront intérêt à ne s'intéresser qu'à ce type d'individu particulier (ils ont plus de chance de contrôler un « type » à 12,2% qu'un type à 12% ; dynamiquement, la ségrégation peut même être renforcée). Or la relation n'est que statistique, si bien qu'une partie des individus correspondant à ce type sera traité « injustement ». On peut même penser que les individus des autres types pourront trouver qu'il existe un « acharnement » envers ce type alors qu'économiquement la logique est irréprochable. Le type n'étant pas identifiable, les forces de l'ordre vont rechercher des indices de l'appartenance à un type et se fonder sur cette construction pour agir.

c4. Le quatrième effet est plus ambigu et pose la question de l'adaptabilité (volontaire ou forcée) de l'individu au système ; la philosophie sous-jacente à la règle juridique et les règles produites ne conduisent-elles pas les individus à changer de type, ou à se comporter « comme si » ils avaient changé de type ? Sur une période encore plus longue, le droit ne contribue-t-il pas à « favoriser » le type sur lequel il est établi ou un type particulier d'individus ?

Concernant la première question, si nous retenons l'hypothèse classique de la stabilité des préférences, le problème est largement évacué puisque la philosophie sous-jacente au droit n'est pas susceptible d'impacter les préférences des individus. Selon le système retenu, un individu ne va pas modifier son « type ».

Si nous considérons que les institutions fonctionnent moins bien avec certains types d'individus, ces individus, s'ils sont identifiables, risquent d'être éjectés. Ils pourront alors être incités à se comporter selon un type qui n'est pas le leur pour continuer à agir au sein d'une institution particulière. Supposons qu'un individu soit parfaitement honnête. Lors d'un marchandage, il pourra annoncer de façon franche ses limites. Si son partenaire est incapable d'identifier la

²³⁰¹ Economiquement, ce type de raisonnement permet de faire apparaître une « ségrégation » ou un « racisme » rationnel. L'individu n'est pas « raciste » par préférence mais à « intérêt » à faire comme si. Ce problème peut survenir chaque fois qu'il existe un problème d'asymétrie d'informations.

franchise de cette personne et qu'il a eu l'occasion de traiter avec des personnes qui ne le sont pas, il supposera que cette personne n'est pas franche et demandera plus, ce qui ne pourra alors être accepté ou ce qui altérera le partage du surplus de l'échange. Rationnellement, il ne sera pas efficient de placer une telle personne dans cette position car il ne jouera pas au jeu de la négociation et n'essaiera pas de tirer parti de certaines informations stratégiques. Briguer un tel poste suppose donc afficher un certain type (identifiable par la ou les personnes qui « nomment » et non par la ou les personnes avec qui la négociation a lieu). Le même raisonnement pourrait être tenu en ce qui concerne les avocats : les avocats trop pessimistes disparaissent rapidement dans un processus d'évolution, viennent ensuite les avocats trop optimistes. Au final, il ne reste que les avocats modérément optimistes.

Si le droit peut contribuer à affecter les préférences (nous ne visons pas ici les méta-préférences qui sont « intouchables » ; en ce sens il est possible de considérer que l'affectation de la perception²³⁰² est un changement de préférences), ou l'impact des ordres sociaux, sa construction sera radicalement différente : ni la rationalité, ni l'efficacité, ne pourront constituer les seuls éléments dans la mesure où une prise de position relative à une situation idéale est nécessaire (existe-t-il des préférences idéales ?²³⁰³). Le droit pourra alors avoir pour mission d'éduquer et devra tenir compte du « sens » qu'il imprime à certains comportements. Il ne pourra pas non plus négliger les autres ordres sociaux (*infra*) et cherchera à se constituer en autorité et non en simple pouvoir.

Nous chercherons ici à dépasser la simple logique du « sens » (que nous avons déjà explorée en partie, *supra*) et de la représentation de l'action : si nous savons que le droit se construit à partir d'un modèle d'homme rationnel, égoïste, qui ne se soucie que des incitations juridiques, n'avons-nous pas intérêt à nous conformer à ce modèle de l'homme ?

D'une part, le droit contribue à « légitimer » l'homme rationnel égoïste puisque, étant construit à partir de lui, il ne s'attend pas à ce qu'un individu se comporte de façon « désintéressée » ou respecte des normes extra-juridiques. Pire encore, il pourra afficher la nécessité d'être intéressé pour son bon fonctionnement. La sanction sociale est alors réduite puisque le « devoir être » de l'individu disparaît, dans une certaine mesure. Le « coût » associé à l'homme rationnel égoïste

²³⁰² Ce qui suppose donc une information qui n'est pas parfaite.

²³⁰³ Dans la mesure où l'hétérogénéité favorise une plus grande adaptabilité, l'idée de préférences idéales n'a pas grand sens de façon absolue.

tendra donc à diminuer²³⁰⁴. Lorsque, de plus, le modèle de rationalité économique est placé comme modèle normatif et que la culture contribue à valoriser les préférences strictement « individuelles » (au sens où ces préférences ne touchent pas directement le groupe²³⁰⁵), l'individu peut tendre à se conformer à ce modèle normatif. Dès lors que les ordres sociaux ne sont pas suffisamment puissants (ou suffisamment affaiblis par le système juridique), cet effet pourra se produire de façon hétérogène selon la force des normes sociales.

Si cette logique est prise au sérieux, le problème sera alors de savoir si une population d'individus rationnels, égoïstes, et ne se souciant que des incitations juridiques, permettra de constituer une société « désirable » (nous ne nous intéressons pas à la dimension évolutionnaire). Nous ne donnerons ici que quelques indications dans la mesure où affirmer un point de vue revient à poser un jugement de valeur²³⁰⁶.

Dans une telle société, les liens entre les individus sont des liens d'intérêts et les désirs des individus sont illimités. L'idée d'appartenance à une communauté²³⁰⁷ (et donc la possibilité d'ordres sociaux parallèles au système juridique) peut alors disparaître avec les effets mis en évidence par Durkheim²³⁰⁸ comme le risque de l'anomie et la disparition des corps intermédiaires. De même, il sera délicat d'envisager une relation de confiance²³⁰⁹, voire même un « lien amoureux » (puisque la relation d'intérêt et l'amour sont souvent perçus comme

²³⁰⁴ Ceci suppose que les préférences varient aussi en fonction de la désirabilité perçue des différentes préférences. Ceci implique l'existence de méta-préférences ultimes stables, sans quoi aucune dynamique concernant les préférences de « premier » niveau ne pourra survenir.

²³⁰⁵ Il suffit de penser Benjamin Constant et à ses écrits sur la liberté des anciens et la liberté des modernes (et notamment sur les effets pervers de chacune de ces libertés ; Benjamin Constant, *De la Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes* 1819, in Benjamin Constant, *Œuvres Politiques*, 1997, Gallimard Paris, 870 pages, pp 593-595). L'idée de volonté de puissance de Nietzsche exacerbe la logique de la liberté des modernes. A supposer qu'il soit possible d'évoquer l'idée d'une modernité, cette modernité peut se caractériser par une exacerbation de l'individu qui n'est pas aussi radicale que celle de Nietzsche.

²³⁰⁶ La plupart des sources que nous mentionnerons sont d'ailleurs clairement orientées (par le marxisme, la psychanalyse lacanienne, la religion, etc...).

²³⁰⁷ Par exemple, Stephen Marglin, *The Dismal Science, How Thinking Like an Economist Undermines Community*, 2008, Harvard University Press, Cambridge, 359 pages. Voir aussi les critiques de cette forme de modernité dans Terence Marshall, *La Recherche de l'Humanité*, 2009, PUF, Paris, 418 pages, spécialement chapitres 1 et 3 ou encore Jean Pierre Dupuy, *Le Sacrifice de l'Envié*, 1996, Calman Levy, Paris, 374 pages.

²³⁰⁸ Le risque est alors celui de la dislocation du lien social et de l'anomie. Voir par exemple Emile Durkheim, *La Division du Travail Social*, [1893] 2007, PUF, Paris, 416 pages, spécialement livre I, chapitres V, VI et VII. La distinction de Durkheim entre solidarité mécanique et solidarité organique est pertinente sous cet angle.

²³⁰⁹ Pour une étude, voir par exemple Oliver Williamson, Calculativeness, Trust, and Economic Organization, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp 453-486, par exemple p 485 sur l'incompatibilité entre le calcul et la confiance.

antinomiques²³¹⁰). Enfin, la question du « bien-être » dans un système de désirs illimités peut se poser²³¹¹ puisque la frustration sera la règle.

Si l'excès d'individualisme est certainement préjudiciable, comme l'excès de communautarisme, et si l'extension du droit à l'ensemble des domaines sociaux n'est certainement pas souhaitable, reste à déterminer un juste « milieu » qui ne peut répondre à un simple « calcul » au risque de briser ce qu'il tente de construire (puisque les deux logiques sont incompatibles). En supposant qu'il soit possible de lutter, via le système juridique contre une partie de ces effets, le sens de l'action reste problématique : l'individu agit-il ainsi car il est « bon » ou agit-il ainsi par « peur » de la sanction²³¹² ? Si, contrairement à l'approche économique traditionnelle, le sens de l'action (et pas simplement son résultat) a un impact sur l'évaluation de celle-ci (ce qui nous semble être le cas), le système juridique ne sera pas construit de la même façon car il sera nécessaire de tenir compte de la dimension symbolique, en lien avec les autres ordres sociaux.

D'autre part, et dans la lignée de l'argument que nous venons de présenter, la construction du droit peut avoir une influence évolutionnaire sur le « type » le mieux à même de survivre dans la société. La désirabilité de cet effet dépendra de notre évaluation du « type » qui devrait être majoritaire.

Hayek, Sober et Wilson, nous l'avons déjà évoqué, mettent en avant un problème d'équilibre. Plus une société est altruiste, plus les gains des individus égoïstes à l'intérieur de cette société seront élevés, ce qui tendra à faire augmenter la proportion de ce « type » d'individu. Par contre, il faut que le groupe soit suffisamment altruiste pour que celui-ci puisse survivre dans une compétition de groupes (il faut donc que les individus soient suffisamment altruistes pour pouvoir survivre). Un groupe sans communauté tendra donc à disparaître et tout groupe tendra à valoriser un altruisme « véritable » entre les individus (notamment à travers les autres ordres sociaux). Il est alors « rassurant » de considérer que l'équilibre entre les différents ordres sociaux, lorsque le droit est orienté sur une perspective du *bad man*, pourra s'établir et qu'une certaine dimension sociale

²³¹⁰ Il suffit de penser à la séparation entre le mariage de raison et le mariage d'amour. Si la logique de l'intérêt est toujours présente, son refoulement est nécessaire à la relation.

²³¹¹ Pour une telle approche, voir par exemple les différents essais (et notamment le premier) réunis dans Jeanne Schroeder, *The Triumph of Venus, The Erotic of the Market*, 2004, University of California Press, Berkley, 318 pages. L'auteur y évoque notamment le problème de la frustration, de la perte du « sens » du besoin, etc. L'un des problèmes serait par exemple de savoir ce que signifierait « avoir suffisamment ».

²³¹² Ce point est à notre avis central. Si faire et faire croire revient au même concernant une partie des actions, intuitivement, il est possible de considérer que la situation dans laquelle l'individu « fait » est plus désirable. Du point de vue du droit, le problème est de savoir s'il faut éduquer les citoyens pour qu'ils « fassent » ou d'orienter les actions des individus pour qu'ils « fassent croire ».

subsistera²³¹³. Ceci pourrait légitimer l'approche en termes de *bad man* puisque, évolutionnairement, les ordres sociaux auront tendance à s'adapter pour pallier les effets pervers engendrés par cette philosophie sous-jacente. Si ceci est possible sur le long terme, la gestion du court terme est bien différente surtout si des effets de dépendance par rapport au chemin peuvent se produire. La construction d'un système juridique sera alors délicate.

Le choix de l'élection comme système de détermination des dirigeants et la possibilité de réélection tendront à augmenter la proportion d'individus opportunistes obtenant (mais aussi briguant) des mandats (ce qui favorisera l'utilisation des outils économiques pour en interpréter les comportements). Un homme politique qui désirera se faire réélire aura plus de chance de se faire réélire qu'un candidat qui ne le souhaite pas uniquement cela. Or, afin de se faire réélire, l'opportunisme est nécessaire (et potentiellement même souhaitable, à une dose modérée, pour la démocratie), même si cet opportunisme peut réduire l'efficacité du système de décision politique (il est possible de voter contre, tout en étant d'accord sur une mesure, pour « afficher » son opposition), voire ruiner la confiance dans ce système (le risque du « tous pourris »). Cet opportunisme ne serait pas possible si, par exemple, les fonctions publiques étaient tirées au sort (ce qui engendrerait des problèmes différents) ou si l'opinion publique n'avait pas la même place ou était plus éduquée.

En supposant que les individus sont susceptibles d'apprendre, la logique des incitations les conduira à réfléchir aux mécanismes à l'œuvre concernant leurs propres actions (et surtout leurs inhibitions)²³¹⁴ : autrement dit, nous supposons la possibilité de rétroactions. Insidieusement, l'explicitation de la logique des incitations conduit l'individu à « calculer » et ce calcul contribue à réduire la « force » de certains autres ordres sociaux²³¹⁵ (et ceci va avoir un impact sur le « rôle » du droit) car la contrainte ne se pose plus sur la possibilité de « vouloir » mais uniquement sur la question du « pouvoir » (du point de vue juridique²³¹⁶). Potentiellement, l'individu pourra changer de « type » simplement car il « interrogera » le sien (ce processus est nécessairement long²³¹⁷) ou

²³¹³ Il suffit de penser aux Etats-Unis et à l'importance des donations et de la religion malgré l'individualisme mis en avant par le système juridique. Il est même possible de se demander si la moindre importance de ces dimensions en France n'est pas liée à une certaine forme de paternalisme de notre droit.

²³¹⁴ Sfez a une formule intéressante pour évoquer ce type d'effet : « modèle issu du réel et retournant au réel en le transformant » (Lucien Sfez, *Critique de la Décision*, op cit, p 125). Si nous partageons la logique de cette formule, nous n'en partageons pas complètement la première partie (*infra*).

²³¹⁵ Cet effet peut être considéré comme l'effet pervers de la vision économique.

²³¹⁶ Si nous supposons que le respect de l'ordre social dépend lui aussi de sanctions, ce que l'hypothèse de rationalité économique impose.

²³¹⁷ Nous adhérons ici à un modèle de rationalité hayekien.

car les ordres sociaux auxquels il répondait se sont affaiblis. S'il est plus « rémunérateur » d'être égoïste que d'être altruiste – outre le potentiel effet en termes de survie et de reproduction –, l'individu pourra adapter ses préférences à son environnement et plus largement aux opportunités²³¹⁸ qui se présentent. Si nous acceptons la possibilité d'un tel effet, le droit ne pourra plus se construire sans considérations pour la symbolique, les valeurs, la force des ordres sociaux, et le « type » qu'il souhaite promouvoir.

Les différents effets que nous venons d'esquisser²³¹⁹ mettent en évidence les limites du raisonnement en termes de *bad man* et plus largement en termes de rationalité économique néoclassique focalisée sur les seules incitations « juridiques » (lorsque nous lui donnons un contenu et que nous ne restons pas sur sa simple forme ; puisque la substance peut toujours faire survivre la forme)²³²⁰. Au minimum, l'analyse économique peut nous aider à identifier les possibilités du pire au niveau d'un acte individuel. Au niveau collectif, en raison de la difficulté à appréhender la dynamique du social et des ordres sociaux, il serait délicat d'utiliser, sans autres considérations, les résultats présentés par une analyse « positive ».

Dès lors l'axiomatique économique traditionnelle pour l'examen des questions juridiques ne peut plus se justifier de façon globale (même dans une perspective économique) et de manière *a priori* à l'aide d'une approche en termes de maximin, sauf à considérer que la logique du pire apporte des « connaissances » qu'il s'agira ensuite de « retraiter » lors d'une prise de décision (ce qui nous semble être le cas²³²¹). Dans certains « domaines », cette logique est néanmoins parfaitement justifiable. Ce point ne fait que reconnaître et mettre en avant l'importance de la diversité des cultures et des hommes, donc des systèmes juridiques, et la nécessité de ne pas appréhender un ordre normatif de façon isolée. Autrement dit, sous cet angle, la connaissance économique est certes utile mais insuffisante à la construction d'un système juridique global. Les connaissances « fournies » ne peuvent pas être qualifiées « grâce » à l'économie, mais semblent « devoir l'être ».

²³¹⁸ Ceci pose néanmoins la difficulté de savoir comment identifier une opportunité. Le lien est en fait un lien « réflexif » : les préférences permettent d'identifier les opportunités et les opportunités sont relatives à des préférences. Si l'individu a la possibilité d'imaginer ses opportunités en faisant varier ses préférences (intuitivement), il pourra alors adapter ses préférences aux opportunités qu'il percevra. Ceci suppose néanmoins une méta-préférence semblable, quelles que soient les préférences de premier niveau.

²³¹⁹ Nous n'avons malheureusement pas la possibilité de les développer plus en profondeur puisque ceci dépasse le cadre de notre thèse et ne sert pas directement notre argument.

²³²⁰ Mais, nous l'espérons, éclairent aussi certaines dimensions du droit souvent négligées.

²³²¹ Voir sur ce point les développements dans le second titre de cette partie.

§2. La logique de l'explication, la recherche d'une adéquation entre les hypothèses et le « réel »

Afin de justifier de l'utilisation du raisonnement économique pour appréhender les phénomènes juridiques, une deuxième stratégie vise à étudier, pour chaque « domaine » du droit, la validité de ce type de raisonnement. Autrement dit, nous chercherons pour quelles raisons la plausibilité de la validité du raisonnement économique semble plus adaptée à certains « domaines »²³²². Il s'agit, de déterminer ici les paramètres d'une justification « locale » du raisonnement économique en droit, paramètres qui iront au-delà de la simple logique des domaines. Nous ne nous intéresserons pas à la possibilité théorique d'utiliser le raisonnement économique (objet de la première partie de notre thèse), nous tenterons d'en saisir l'apport sous l'angle épistémologique : peut-on considérer que la valeur des « connaissances » fournies par l'analyse économique du droit varie selon le « domaine » du droit ? Si oui, pour quelles raisons ?

Cette logique de justification suppose l'ajout de paramètres d'évaluation extra-économiques (si nous concevons l'économie comme une méthodologie, ce qu'elle est sous l'angle de l'analyse économique du droit). Il ne s'agira pas de déterminer « empiriquement » ces domaines (le problème de la validation empirique sera étudié dans le chapitre 2 de ce titre). Nous souhaitons simplement mettre en évidence l'idée que, *a priori*, l'approche économique des systèmes juridiques semble plus « satisfaisante » dans certains « domaines » (même si l'idée de domaines n'est pas parfaitement adaptée) et nous chercherons les paramètres qui entrent en ligne de compte pour déterminer cette « satisfaction » (paramètres qui pourront aider à la reconstruction de « domaines »).

Cette satisfaction nous semble devoir être recherchée essentiellement dans la force supposée des autres ordres sociaux (mais aussi d'un point de vue normatif dans l'idée que le droit ne doit pas s'intéresser à l'ensemble des éléments de la vie sociale ou que les ordres sociaux ont une place importante dans certains domaines – finalement dans l'idée du « sens » du droit) et donc dans la vraisemblance du modèle économique de rationalité pour certains aspects des relations juridiques. Assez classiquement, l'analyse économique semble plus pertinente dans le domaine des droits

²³²² Les domaines étant définis juridiquement, il est peu surprenant qu'ils ne puissent pas totalement convenir à une classification plus économique. Néanmoins, comme nous pourrons le constater, nous sommes tentés d'appliquer des cadres conceptuels créés pour un code particulier à un autre code.

« économiques »²³²³ que dans le domaine des droits non économiques (car la superposition des codes n'est pas totalement perçue). Nous rechercherons ici à comprendre les raisons et les paramètres qui entrent en ligne de compte pour affirmer la « vraisemblance » de cette approche en fonction des domaines.

Nous montrerons que la typologie « juridique » des « domaines » du droit est insuffisante à la détermination du « domaine » de validité de l'analyse économique du droit (A) notamment en raison de l'écart des systèmes de codification du réel. Elle donne cependant des indications précieuses pour comprendre la structure du droit et nous incite à repenser le sens même du droit. Il semblerait nécessaire de construire les « domaines » du droit à travers une typologie économique (B) pour remédier à ces problèmes, mais la tâche n'est pas sans difficultés théoriques. Seule cette dernière solution permettrait de justifier la validité de l'analyse économique à un niveau « local ». Nous pourrions constater que le domaine de validité de l'analyse économique doit « partir » du modèle de l'individu et d'une conception de la place des ordres sociaux, et non d'un champ spatial prédéterminé en fonction du code juridique ; l'idée de ce champ spatial peut se comprendre, en partie, à partir du type d'individu qu'il entend régir et de la place des ordres sociaux dans ce domaine.

Nous rechercherons ici les caractères des situations qui limitent la nécessité de qualification des résultats de l'analyse économique, les situations dans lesquelles l'écart entre les codes semble réduit.

A. L'insuffisance des typologies juridiques pour déterminer la valeur des connaissances fournies par l'analyse économique du droit

La typologie juridique est souvent présentée aux étudiants comme quelque chose d'objectif. Il existe un droit civil, un droit administratif, un droit des contrats ou un droit de la concurrence ; il existe une distinction entre le droit privé et le droit public. La raison de la typologie est souvent mise de côté (à part, peut-être, la justification pédagogique) lorsqu'elle n'est pas justifiée, tautologiquement, par la spécificité des normes des différents domaines. En un sens les étudiants en droit apprennent plus *les droits* que le *Droit*. L'analyse économique est en partie née de l'insatisfaction à ne pas pouvoir appréhender l'ensemble du *Droit* à travers l'étude des *droits*.

²³²³ Nous ne chercherons pas ici à entrer dans le débat juridique de la définition des droits économiques, même si nous proposerons certains éléments. Pour une première approche, voir Gerard Farjat, *Pour un Droit Economique*, 2004, PUF, Paris, 209 pages, notamment chapitre 1, pp 17-44.

Les typologies résultent en fait de définitions stipulatives traduisant une certaine orientation correspondant à un langage du droit. A minima, la possibilité d'identifier un domaine du droit suppose de déterminer ce qui est susceptible de faire une certaine unité du domaine. Il s'agit donc de trouver, dans la géographie du droit, des territoires cohérents²³²⁴. Nous pourrions alors tenter de déceler la place de l'analyse économique du droit dans un « domaine » particulier en fonction de ce qui en fait l'unité ou la cohérence²³²⁵. Nous resterons cependant au niveau du codage juridique.

Le droit s'intéresse aux – et définit les – relations entre les Hommes. Plusieurs critères permettent alors de distinguer des domaines du droit. Nous pouvons nous intéresser aux personnes qui agissent dans la relation (1), à l'activité qui conduit à la relation (2) ou aux moyens de la relation (3). Il serait évidemment possible de « mixer » ces trois unités mais ce mixage n'apporterait que peu à notre propos puisqu'il ne ferait que reprendre les résultats obtenus à partir des unités fondamentales.

1. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par les personnes

La première possibilité permettant de déterminer un domaine du droit revient à se focaliser sur les personnes dans la relation. Ceci peut relever de plusieurs préoccupations : il peut s'agir par exemple de déterminer le droit applicable à un type de personne ou de considérer que le type conduit à un éclairage pertinent des règles juridiques. Il existe une forme de rétroaction entre ces deux niveaux puisque, si le droit d'un type de personne n'est pas spécifique, la typologie est « inutile ». Bien souvent d'ailleurs, la distinction entre les « types » dépendra de catégories juridiques (mais ces catégories peuvent émerger d'une distinction des « types »).

Cet angle d'attaque permet de distinguer entre le droit des personnes physiques et des personnes morales, des personnes publiques et des personnes privées, des nationaux et des étrangers (voire même des ressortissants de l'Union Européenne). La distinction entre le droit public et le droit

²³²⁴ L'image que nous donnons est au maximum en trois dimensions, ce qui peut paraître insuffisant pour pleinement saisir la complexité de l'idée de cohérence dans la détermination des domaines du droit.

²³²⁵ Notre objet ne sera pas de détailler les possibilités de distinctions des domaines dans leur totalité. Nous nous contenterons de remarques générales nous permettant ensuite d'identifier les éléments qui pourraient nous être utiles pour tracer le domaine de validité de l'analyse économique du droit.

privé peut ainsi se faire en fonction des personnes en cause²³²⁶ (même si définir le droit public par les personnes publiques et le droit privé par les personnes privées suppose des règles de qualification et postule donc de la distinction qu'il souhaite établir). L'idée de droits de l'Homme constitue aussi une illustration de la possibilité d'une telle typologie.

Il est aussi possible de distinguer en tenant compte de la personne dans sa fonction, même si cette possibilité recoupe largement la distinction des domaines du droit en fonction de l'activité. Ainsi nous pouvons identifier un droit des consommateurs, un droit des commerçants, le droit des entreprises, un droit des collectivités territoriales, un droit des sociétés, un droit de l'administration ou encore un droit des parlementaires.

Enfin, la typologie peut aussi se faire en tenant compte de la combinaison des personnes dans la relation. La relation entre un étranger et un national (nous retrouvons alors l'idée du droit international privé) peut ainsi être différente de la relation entre deux nationaux ou de la relation entre un national et un ressortissant de l'Union Européenne. De même, la relation entre deux commerçants pourra être différente de la relation entre un commerçant et un particulier.

Cette typologie peut-elle nous servir à distinguer les domaines de validité de l'analyse économique du droit ? Si nous acceptons la possibilité de distinguer les droits en fonction de l'Homme pris dans son activité, il pourrait sembler que certains droits comme le droit des commerçants soient plus susceptibles d'être soumis à l'analyse économique du droit car, intuitivement, il semble plausible que les individus régis par ce droit agissent selon le modèle de l'homo economicus (au sens néoclassique avec intérêt privé). Autrement dit, chaque fois qu'une catégorie de personnes peut être considérée comme une catégorie « économique », son droit devrait être susceptible d'être appréhendé à l'aide des outils de l'analyse économique du droit.

Nous attribuons cependant à ces personnes des « motivations » liées à leur activité et ce sont ces motivations, plus que les types de personnes qui nous sont « utiles ». Nous retrouvons alors la possibilité d'une typologie en fonction des intérêts en jeu. La personne publique est ainsi censée agir en étant motivée par « l'intérêt général » alors que la personne privée est censée valoriser ses « intérêts privés »²³²⁷. L'analyse économique semble plus à même de retranscrire, *a priori*, les comportements des personnes privées que des personnes publiques (puisqu'elle met l'accent sur

²³²⁶ Par exemple, Didier Truchet, *Le Droit Public*, 2006, PUF, Paris, 128 pages, p 22. Etrangement l'auteur parle de l'objet pour évoquer la distinction en fonction des types de personnes. Cette possibilité reste limitée par l'application du droit public à des personnes privées.

²³²⁷ Cette distinction est parfois utilisée pour distinguer le droit public et le droit privé.

des motivations privées²³²⁸). Néanmoins, comme les personnes publiques agissent par le biais des personnes privées, cette distinction n'est pas parfaitement pertinente puisque le problème du droit sera surtout de « contraindre » les individus qui « font fonctionner » la personne publique afin que cette entité cherche l'intérêt général. Chaque fois que l'intérêt privé peut entrer en ligne de compte, le droit pourra être éclairé par l'analyse économique du droit et plus l'intérêt privé (la motivation) sera marqué dans un domaine, plus les informations fournies par l'analyse économique du droit pourront sembler pertinentes. La relation entre deux entreprises sera alors plus facilement appréhendable à l'aide des outils de l'analyse économique du droit que la relation entre deux membres d'une même famille (en règle générale)²³²⁹.

Si nous prenons le cas spécial du droit des « enfants » ou des « incapables », l'analyse économique du droit ne pourra certainement pas prédire leurs réactions dans la mesure où il est possible de considérer qu'ils ne sont pas suffisamment rationnels pour répondre aux incitations fournies par le droit (d'où le régime « spécial »). Il sera cependant nécessaire de tenir compte de ce « manque » de rationalité lors de la construction des règles juridiques. L'idée de centre éducatif fermé traduit la nécessité d'apprendre la citoyenneté mais vise aussi à répondre aux incitations fournies par l'environnement. De même, les relations entre les membres d'une même famille ne semblent pas pouvoir directement s'appréhender à l'aide des outils de l'analyse économique, en raison des motivations que l'on attache à ces personnes (en raison de nos croyances). Ceci nous permet d'élaborer un domaine négatif pour l'analyse économique du droit.

Distinguer en fonction des personnes (et par extrapolation des motivations) en cause est un critère globalement pertinent. Il permet au minimum, d'exclure de son champ de validité une partie des individus. Pour que l'analyse économique du droit puisse fonctionner, il est nécessaire que l'homme dispose d'une certaine rationalité sans que ses préférences soient totalement post-rationalisées de ses actions. Ce critère de l'individu n'est néanmoins pas le seul à entrer en ligne de compte. S'il est certain que les « incapables » ne réagiront pas, en moyenne, en respectant les incitations fournies par le système juridique, il n'est pas certain qu'un individu rationnel réagisse à ces incitations de la même façon lorsqu'il est placé dans deux environnements différents.

Le critère de la motivation de l'action entre alors en ligne de compte. *Pour que l'analyse économique du droit soit pertinente, il faut pouvoir considérer que l'individu ne réagit qu'en fonction des incitations juridiques et de préférences « plausibles ».* Ceci nous oblige à considérer l'Homme dans son activité et il semble que

²³²⁸ Néanmoins rien n'empêche de considérer que la recherche de l'intérêt général est une préférence strictement égoïste...

²³²⁹ Une nouvelle fois, nous ne nous intéressons pas à la possibilité d'utiliser l'analyse économique du droit mais au sens que peut avoir cette utilisation et à l'intuition relative à la validité du sens.

c'est alors plus l'activité que l'Homme qui imprime le degré de validité du raisonnement en termes d'analyse économique du droit. Notons cependant que la catégorie des préférences est une catégorie économique et non juridique si bien qu'elle n'est pas un paramètre explicite dans le codage juridique.

2. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par l'activité

La deuxième possibilité pour construire les « domaines » du droit pousse à s'intéresser à l'activité en cause. Les relations entre les hommes seront définies par l'activité à laquelle ils se livrent. Nous pouvons ainsi distinguer un droit du service public, un droit de la production normative²³³⁰, un droit de la politique, un droit de la banque et de la finance, un droit du vote, un droit de la consommation, etc... voire même un droit de l'économie. D'une manière générale, ce critère est largement utilisé dans les typologies juridiques.

Intuitivement, cette classification permettrait de déterminer plus facilement un domaine de validité pour l'analyse économique du droit. Dès lors que l'activité est une activité économique (ou dans le domaine du marché) cette activité et son droit devraient pouvoir être appréhendés à l'aide des outils de l'économie car les acteurs sont « conduits » à agir de façon économique. Les domaines « économiques » devraient pouvoir être appréhendés par les outils de l'économie. L'économie n'est alors plus considérée comme une méthodologie mais comme un domaine.

Si nous supposons que la méthodologie mise en œuvre par l'économie est plus appropriée dès lors que les droits touchent au domaine de l'économie, nous disposons d'un critère permettant de « hiérarchiser » les degrés de validité pour l'analyse économique du droit. Il faut néanmoins supposer que ces domaines ne sont pas définis différemment en droit et en économie (nous retrouvons alors le problème du langage et de la codification du réel). Nous aurions donc d'un côté le droit des activités économiques et, de l'autre, le droit des activités non économiques.

Le problème reste de définir ce qui fait qu'un domaine a un objet économique et, dans la mesure où l'économie elle-même a du mal à définir son champ de validité dans un sens spatial, nous en sommes réduits à des spéculations lorsque le droit quitte le « cœur » de ce que le sens commun considère comme faisant partie de l'économie. L'activité commerciale semble faire partie de ce

²³³⁰ Nous ne reviendrons pas spécifiquement sur ce point que nous avons abordé dans le chapitre 3 de cette thèse (chapitre 1, titre 2, partie 1). Notons cependant que l'analyse économique, lorsqu'elle analyse le droit au niveau abstrait, peut mettre en évidence les arbitrages (degré de clarté, choix entre règle et standard en fonction du degré d'informations du juge, etc...). La résolution de ceux-ci demande des connaissances supplémentaires mais leur simple connaissance est utile.

cœur puisque cette activité est orientée vers la réalisation de profits. Plus une activité semble liée à l'idée d'économie, plus le droit de cette activité pourra être appréhendé à l'aide des outils de l'analyse économique du droit (et les résultats acceptés). Il est par contre difficile de savoir si le droit pénal²³³¹, en dehors du droit pénal des affaires, a un objet économique ou si le droit de la responsabilité a, strictement, un objet économique.

A côté de ces domaines, se trouveraient des domaines non marchands ou non économiques résistants, par leur nature, aux assauts de l'analyse économique du droit. Ceci supposerait néanmoins la possibilité d'une distinction nette entre ce qui relève de l'économie et ce qui n'en relève pas. L'éducation, la sécurité sociale, ou encore le droit des activités bénévoles ont clairement des dimensions économiques mais ne sont pas considérés, en France, comme des domaines « marchands » ou « économiques ». La police administrative n'est pas censée, elle non plus, être dirigée par des impératifs économiques, même si elle doit en tenir compte. Les résultats de l'analyse économique du droit en la matière peuvent sembler moins pertinents, ce qui ne signifie pas qu'ils ne traduisent pas une dimension de la réalité ou qu'ils ne fournissent pas des éléments à prendre en compte pour la construction du droit et l'interprétation des comportements. *C'est donc le sens que nous attribuons au droit qui dicte la validité des résultats de l'analyse économique du droit.*

Le fait que Posner distingue l'ancienne et la nouvelle *Law & Economics* à partir de l'idée de domaines du droit traduit la plausibilité de cette représentation²³³², mais son extension à l'ensemble des domaines du droit pose la question de la validité relative des « connaissances » fournies par l'analyse selon les domaines. Il semble en effet impossible de définir un domaine véritable de l'analyse économique du droit en fonction des domaines du droit (entendus comme activités) dès lors que l'économie est définie comme une méthodologie (ce qu'elle est nécessairement si nous voulons sortir l'économie de son « domaine » traditionnel). Pourtant, il est délicat de « nier » le lien entre les activités économiques et la méthodologie mise en place par l'économie.

Enfin, l'analyse économique du droit, comme méthodologie, peut s'appliquer à l'ensemble des domaines du droit définis sous l'angle de l'activité, même si intuitivement il faudrait distinguer des degrés de pertinence en fonction des activités par référence à une culture et à un sens que nous imprimons au droit dans ces domaines. S'il

²³³¹ Le droit pénal peut être perçu sous l'angle de l'activité. En effet, ce droit s'applique à toutes les activités. Il n'est pas le droit d'une activité mais le droit de l'ensemble des activités. Le droit « civil » est aussi un droit de toutes les activités. La distinction peut se faire du point de vue de la sanction. Cette possibilité de typologie ne nous a pas semblé fondamentale.

²³³² Posner reprend néanmoins une conception traditionnelle des domaines du droit, sans chercher à déterminer ce qui en fait l'unité.

était possible de cartographier le droit et de placer au centre de la carte le cœur des activités économiques, une partie de la validité des résultats dépendrait de leur distance à ce cœur²³³³.

3. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par les moyens de la relation

Les deux premières typologies se sont intéressées aux personnes et à leurs activités. La dernière consiste à se focaliser sur les moyens permettant de nouer des liens juridiques entre les individus. Le droit du contrat, de la responsabilité, de la propriété, de la concurrence, de l'assurance, du travail, du mariage, ou encore de la filiation, etc... se composent à partir de l'idée du moyen de la relation.

Certains moyens, comme la propriété, le contrat (et par extension le contrat de travail même si son importance est moindre) ou la concurrence, sont au centre de la possibilité de la « marchandisation » et donc de l'économie. La construction du droit relatif à ces moyens ne pourra pas négliger leur impact sur l'économie. Les informations fournies par l'analyse économique du droit seront alors « pertinentes » (ou au moins auront tendance à l'être). Il est difficile de nier l'apport de l'économie au droit de la concurrence ou la mise en évidence de l'importance des mécanismes du contrat et de la propriété pour la croissance économique. L'idée de propriété est d'ailleurs justifiée à partir de la logique du pire : sans ce mécanisme, les individus n'ont pas intérêt à produire ou à échanger (la propriété et le contrat sont intimement liés). L'analyse économique de la relation de travail – à travers le contrat de travail – met aussi en évidence des points fondamentaux pour la construction du système juridique : l'arbitrage entre la protection des personnes qui ont un travail et la diminution du taux de chômage (mais aussi la possibilité d'abus de cette « flexibilité ») par exemple. Pourtant l'analyse économique ne sera pas toujours pertinente, l'utilisation du contrat dans une relation entre membres d'une même famille ne s'interprétera pas de la même façon que l'utilisation du contrat dans une relation entre entreprises (nous faisons cependant jouer deux éléments de catégorisation).

D'autres moyens, comme le mariage, semblent, *a priori*, peu adaptés au raisonnement économique²³³⁴. Il est peu probable que la relation de mariage puisse être appréhendée (normativement et descriptivement) à l'aide du modèle de l'homo economicus (l'intérêt et le

²³³³ Une représentation multidimensionnelle semble plus pertinente dans la mesure où le lien avec l'idée d'activité économique est variable. Certaines activités traduiront certaines dimensions de l'économie, d'où la « variabilité » des résultats de l'analyse économique en fonction du problème posé.

²³³⁴ Alors qu'il peut être appréhendé de la même façon qu'un contrat à exécution successive classique.

mariage sont souvent mis en opposition) ou que le mariage ait un impact fondamental sur la croissance économique. En revanche, la logique de l'homo economicus peut certainement retrouver une place en matière de divorce. Nous inférons cependant de l'utilisation du moyen un type de relation entre individus, donc un « type » d'individu et plus encore un type de motivation. Rien n'interdit d'envisager par exemple le mariage par intérêt (et l'attention portée aux mariages blancs entre dans cette logique).

Le domaine de validité de l'analyse économique du droit ne peut pas être parfaitement saisi à partir de l'idée du moyen de la relation. Si elle peut éclairer l'impact de ce moyen (la propriété, le contrat, la concurrence, etc...), elle ne pourra décrire ou prédire parfaitement que si nous supposons en plus un certain type « d'intérêts » de la part des personnes qui « usent » de ce moyen. La logique du pire reste cependant pertinente : il s'agit d'éviter les dérives et les effets pervers relatifs à l'utilisation du moyen (même si les outils juridiques construits pour des individus intéressés ne fonctionneront pas parfaitement si les individus le sont moins). La nécessité de respecter certains délais avant de faire un prêt immobilier traduit cette volonté de lutter contre les dérives de l'utilisation d'un tel moyen (ce qui suppose que la rationalité demande un temps de réflexion et n'est donc pas immédiate). L'importance du consentement en droit des contrats traduit la même préoccupation. Il faut que le moyen soit utilisé pour construire une relation et non l'imposer. L'interdiction de contracter sur certaines choses ou l'interdiction des clauses abusives visent aussi à éviter les dérives que pourrait entraîner un tel moyen.

La validité des résultats de l'analyse économique du droit ne peut se définir parfaitement à partir des typologies juridiques classiques même si ces typologies permettent de mettre en évidence des éléments « intéressants ». *Etant codés juridiquement, elles ne permettent pas de bien saisir la superposition des codes.* Il s'agira de tenir compte à la fois des individus, de l'activité, et du moyen de la relation pour essayer de cartographier la validité de l'analyse économique du droit. Cette inadaptation des catégories juridiques classiques pour la détermination de la validité du raisonnement économique peut constituer une force de résistance à l'analyse économique du droit dans la mesure où cette dernière mettra en évidence des dimensions non prises en compte par l'analyse juridique. Elle contribuera ainsi à la déstabilisation de ces catégories et à une résistance inhérente à n'importe quel changement. Nous verrons par la suite que l'écologie du droit est également un paramètre déterminant.

Dès lors que l'analyse économique se définit par une méthode, le problème de la cartographie en fonction d'une approche spatiale du droit est difficilement soluble. Afin d'espérer pouvoir déterminer un domaine de

validité, il faudrait non pas partir de domaines existants mais reconstruire des domaines, ou simplement mettre en évidence des critères, en fonction de la méthodologie adoptée.

B. La reconstruction des domaines à partir de « types » économiques et la validité de l'analyse économique

Lorsque nous nous sommes intéressés aux stratégies de justification globale de l'analyse économique du droit, nous avons mis en évidence la logique du pire. Nous avons aussi montré que cette logique n'est pas parfaitement valable dès lors que la philosophie sous-jacente à la construction d'un système a une influence sur les préférences et le comportement des individus. Pour retrouver un champ de validité, il suffit de mettre en évidence les paramètres permettant de limiter les problèmes identifiés lorsque nous nous sommes intéressés aux « problèmes » de la logique du pire. Le problème de l'inefficacité relative des institutions lorsque les individus sont plus « moraux » que le « type » sous-jacent à la construction du droit demeure, même si les éléments que nous mettrons ici en valeur réduisent l'impact de telles situations.

Le fait que certains phénomènes juridiques nous semblent, *a priori*, plus à même d'être appréhendés à l'aide des outils de l'économie découle, selon nous, de trois paramètres intimement liés : 1) la force des ordres sociaux dans le domaine particulier, 2) la plausibilité de préférences strictement « économiques », 3) la plausibilité des autres hypothèses du modèle néoclassique et notamment relatives à l'information. Il faudrait aussi ajouter 4) « l'importance » de la relation ou du pouvoir en cause. Cette classification correspond à une certaine forme de hiérarchisation. La force des ordres sociaux nous semble être l'élément primordial. Elle conditionne d'ailleurs le raisonnement en termes de préférences. L'importance de la relation est un critère spécifique qui permet de mieux saisir la force de la logique du pire.

Ces éléments constituent plus des curseurs permettant d'apprécier la validité de l'analyse économique du droit que des interrupteurs. La validité doit être appréciée en termes de degrés et non de 1 et de 0.

1. Le domaine de validité de l'analyse économique et la force des ordres sociaux

a. Plus les ordres sociaux sont puissants, moins l'analyse économique des phénomènes juridiques sera perçue comme pertinente et plus il sera nécessaire de qualifier les résultats obtenus.

L'analyse économique du droit se fonde sur l'idée que les individus répondent à des incitations strictement juridiques. Ceci n'est « vrai » que si les individus ne répondent pas à d'autres

incitations et donc aux autres ordres sociaux²³³⁵. Dès lors que d'autres paramètres entrent en ligne de compte, sa validité sera relative, sauf à la concevoir uniquement sous l'angle du « toutes choses égales par ailleurs » qui impose néanmoins, pour son utilisation pratique, une qualification des résultats (et la spécification de ce que peut contenir cette dernière hypothèse, *infra*). Ces derniers peuvent ainsi ne servir qu'à déterminer une tendance (dont la réalisation n'est que théorique), à prédire le comportement d'un individu particulier, etc. Ceci suppose dès lors que l'analyse économique précise son objectif, ce qu'elle ne fait généralement pas. *Si elle ne souhaite étudier le comportement des individus qu'en fonction des incitations juridiques, elle est parfaitement légitime quel que soit le domaine juridique.* Si elle souhaite aller au-delà et servir à la prescription, la prédiction ou à la description, les résultats devront être qualifiés et l'impact de l'ordre social ne pourra plus être négligé.

La famille constitue certainement une entité appréhendée par différents ordres sociaux. Le droit, la religion, ou encore la morale, servent à normer les comportements des individus dans la cellule familiale. Rien n'empêche de considérer que les individus ne font que répondre à des incitations juridiques. Néanmoins, considérer les enfants comme des « actifs spécifiques » et le mariage comme une sécurisation favorisant la procréation n'est pas totalement pertinent (si nous considérons que l'individu, dans ce type de relation, ne répond pas uniquement à des incitations juridiques). Il est certain que la facilité du divorce a un impact sur la décision de s'engager (ou même de tromper son partenaire), mais il est peu probable que les individus décident de s'engager en fonction d'une évaluation de rentabilité du mariage en tenant compte notamment du « coût » du divorce²³³⁶. Le mariage n'étant pas conçu comme une simple institution juridique conduisant à une solidarité entre deux personnes et à des avantages fiscaux (en raison de la confusion entre vocabulaire juridique et vocabulaire « commun »), l'analyse économique du droit pourra sembler inappropriée pour anticiper le comportement des individus dans ce type de relation (même si certains éclairages « apparaissent » pertinents et si la psychologie insiste sur la nécessité d'un équilibre des pouvoirs). Cette force de l'ordre social se retrouve lorsque la question du mariage homosexuel se pose. Si le mariage est perçu simplement comme une modalité juridique instaurant une solidarité entre les individus et conduisant à des avantages fiscaux, rien ne s'oppose à une telle reconnaissance. Si par contre, nous considérons le mariage sous l'angle de

²³³⁵ Et ceci conditionne la possibilité de se trouver dans la structure de la matrice que nous avons utilisée pour mettre en évidence le problème du raisonnement en termes de *bad man*.

²³³⁶ Nous retrouvons ici un problème de psychologie identifiée dans le premier chapitre de cette thèse. Même si les individus savent que statistiquement le divorce survient dans 50% des cas, ils ont tendance à sous-estimer la probabilité de leur propre divorce. Le problème est alors de savoir s'ils savent théoriquement ou s'ils savent « pratiquement » : l'information dont ils disposent est-elle bien « traitée » lors de leurs analyses ?

sa fonction originelle (en dehors de ses simples conséquences juridiques), les résultats sont différents²³³⁷.

Par opposition, utiliser le modèle économique pour anticiper le comportement du contribuable ne semble pas absurde. La norme sociale visant l'obligation d'honnêteté dans la déclaration fiscale est pour le moins faible. Tenir compte de l'opportunisme du contribuable est même souhaitable pour construire un système fiscal et n'a pas d'impact sur les préférences du reste des contribuables. L'utilisation du raisonnement économique peut néanmoins conduire le contribuable « honnête » à se comporter plus « malhonnêtement », notamment en raison des mécanismes d'imitation.

Certaines dimensions du droit fiscal semblent ne pas être considérées comme relevant de la simple logique des conséquences. Même si l'impôt sur la fortune coûtait plus (coût liés à l'administration mais aussi à l'expatriation) qu'il ne rapportait, certains individus considèreraient que cette contribution resterait « nécessaire » au regard de considérations de « justice »²³³⁸. Le taux d'imposition et sa variation ne semblent pas non plus pouvoir être justifiés uniquement à l'aide de considérations économiques²³³⁹. Cette idée de traitement « juste »²³⁴⁰ peut être considérée comme une déformation de la logique économique par les ordres sociaux.

Le rejet de l'analyse économique du droit se fait d'ailleurs sur la base de considérations de « justice » et d'une critique « morale » de l'efficacité. Se pose alors la question du rôle du droit. *Même si l'analyse économique provoque des réactions hostiles, elle permet de saisir l'importance de cette question en la posant.* Le débat entre Malloy et Posner portait justement sur la question de la moralité de l'analyse économique du droit. Dès lors que nous reconnaissons des valeurs « fondamentales » que le droit « doit » promouvoir, le raisonnement économique tend à être discrédité. Le marché des bébés est moins critiquable pour sa logique économique que pour les « valeurs » qu'il soutient. La peine de mort est moins analysée sous l'angle de son impact que sous l'angle de sa « moralité ». Les règles procédurales en matière de justice ne semblent pas « devoir » uniquement se soumettre à des considérations économiques²³⁴¹. La question de l'acceptabilité de l'idée de la rupture efficiente dans le contrat est, elle aussi, examinée sous l'angle d'une forme de « moralité »

²³³⁷ L'analyse économique a cependant le mérite de « poser » les termes du débat.

²³³⁸ J'ai d'ailleurs eu l'occasion d'interroger des individus (en thèse) en exposant le problème sous cette forme et à ma grande surprise, beaucoup souhaitent continuer à faire « payer les riches » même si cela leur coûte.

²³³⁹ Lesquelles semblent plus pencher en faveur d'une « flat tax » qui encouragerait davantage l'enrichissement des individus et qui coûterait moins cher en termes de frais d'administration.

²³⁴⁰ Cette idée est psychologiquement avérée, comme dans le cas du jeu de l'ultimatum.

²³⁴¹ Une procédure n'est donc pas neutre du point de vue des valeurs.

(que signifie alors l'engagement ?), etc. *L'analyse économique du droit reste cependant pertinente pour l'ensemble de ces domaines dans la mesure où elle met en évidence les arbitrages qui peuvent exister et, par la critique qu'elle suscite, conduit à clarifier le problème posé.*

Dès lors que le problème des valeurs conserve un intérêt, les résultats de l'analyse économique pourront être soumis à ces valeurs et les individus ne pourront pas être considérés comme agissant simplement en raison des incitations fournies par le droit. Lorsque l'ordre social est suffisamment fort, les incitations juridiques resteront inefficaces (problème du système des castes en Inde par exemple). *Le « paradoxe », c'est qu'en critiquant l'analyse économique du droit et en mettant en lumière de nouveaux éléments, nous renforçons la pertinence de cette analyse qui permet de faire avancer la réflexion sur les difficultés soulevées. C'est ce que nous avons appelé le renversement de l'analyse.*

La force des ordres sociaux permet donc de critiquer et de relativiser : (a) la valeur de prédiction et de description des comportements des individus ; (b) la valeur de l'analyse économique du droit pour la construction du système (les incitations des autres ordres sociaux doivent être pris en compte) ; et (c) la valeur prescriptive des résultats de l'analyse économique du droit (critique de la logique de l'efficacité).

Elle laisse cependant intacte la valeur de la méthode. En tout état de cause, la qualification des résultats suppose l'identification d'éléments « culturels » permettant d'aller à l'encontre des résultats de l'analyse économique. Celle-ci ne pourra plus être alors considérée comme une science (au sens de capacité à déterminer des solutions et des conséquences) dès lors qu'elle souhaitera rendre compte du réel et devra intégrer un élément de « satisfaction ».

b. *Négativement, plus l'impact de l'ordre social aura de l'importance, plus la régulation juridique d'un aspect de cet ordre sera susceptible d'avoir des effets sur les configurations de cet ordre.* Invoquer d'autres « motifs » que ceux fournis par les autres ordres sociaux pour le contrôle et la régulation d'un aspect de la vie sociale pourra discréditer ces ordres sociaux²³⁴² et rendre, à terme, plus coûteux le fonctionnement du système juridique (car les ordres sociaux régulent un ensemble de comportements). La disparition de la religion en France est liée, en partie, à la régulation juridique des aspects de la vie sociale, régulation présentée comme plus « rationnelle ». En proposant des méthodes de détermination des normes fondées sur le calcul, l'analyse économique du droit, lorsqu'elle se place comme philosophie pratique du droit, peut inciter à interroger, sous l'angle du calcul rationnel, les autres normes suivies par un individu. Le risque est alors celui de l'adaptation

²³⁴² Il s'agit même souvent d'un objectif du droit. Le droit étant le moyen d'affirmer l'Etat face aux autres ordres sociaux, le système de régulation juridique a eu cet objectif.

de l'individu au modèle présenté par le droit : dans la logique économique, l'interdit n'est que légal et l'individu peut en tirer toutes les conséquences. En nous incitant à nous interroger sur les « valeurs », elle contribue à faire avancer notre « connaissance » de celles-ci.

c. Saisir l'impact des autres ordres sociaux oblige à qualifier les résultats de l'analyse économique du droit (plus que la méthode). Soit celle-ci raisonne en fonction du seul système juridique et toutes choses égales par ailleurs, mais alors tant la valeur descriptive que les valeurs prédictives et prescriptives pourront être remises en cause pour une application concrète, et un degré de validité devra être mis à jour en fonction de paramètres extra-économiques (qui pourront potentiellement être réintégrés dans l'analyse, lorsque c'est possible) ; soit celle-ci reconnaît la présence des autres ordres sociaux et souhaite en rendre compte mais alors elle n'est plus une analyse économique du droit mais une analyse économiques des phénomènes normatifs. Il faudra dans ce cas arriver à déterminer les éléments constitutifs de ces autres ordres normatifs, ce qui semble difficile en pratique. La méthode ne sera d'ailleurs plus parfaitement autonome puisque la sociologie, l'anthropologie et la culture devront être prises en compte.

2. Le domaine de validité et la plausibilité des préférences économiques, corollaire de la logique des ordres sociaux

Plus un individu « correspondra » (et pas simplement pourra correspondre) au modèle théorique, plus il pourra être appréhendé à l'aide des outils de l'économie.

Ce résultat est trivial (et même tautologique). Il suppose que nous puissions anticiper le type d'individu en fonction du type d'activité. Nous retrouvons alors les difficultés concernant la détermination du champ de l'économie²³⁴³. Le comportement des commerçants, des entreprises ou des fiscalistes peut certainement être appréhendé en fonction du codage économique du droit tandis que ce codage semble moins pertinent pour étudier le comportement du futur marié ou du père de famille. La réaction face aux « seules » incitations juridiques variera donc.

Ce critère tend à se confondre avec le précédent (et n'en est plus qu'un corollaire) puisque tous les individus peuvent potentiellement se comporter comme des individus rationnels au sens économique. En effet si nous supposons que la différence entre l'homme et le citoyen touche sa sensibilité aux autres ordres sociaux (par exemple avec le développement de préférences sociales ou l'identification des contraintes développées par cet ordre), le problème du comportement se

²³⁴³ Nous renvoyons aux résultats précédents.

réduit au problème de la présence et de l'influence des ordres sociaux. *Moins les ordres sociaux vont altérer le comportement de l'individu, plus ce dernier pourra se conformer au modèle de rationalité économique.* Même lorsque nous envisageons le comportement d'un commerçant ou d'une entreprise, rien n'indique que celui-ci ne se conforme pas aux normes sociales en tant qu'Homme ou en tant que commerçant. Les usages commerciaux sont reconnus par le droit et impliquent, bien souvent, un rôle puissant pour la « confiance » (et le droit apparaît plus comme une sécurisation supplémentaire que comme le fondement de l'action). Les codes de déontologie sont eux aussi légion, ce qui ne veut pas dire qu'ils sont respectés. La force de ces éléments aura un impact certain sur les prévisions des modèles économiques.

Notre tendance naturelle à faire correspondre l'hypothèse de rationalité et la réalité concrète doit être battue en brèche. Elle fournit de bonnes indications *en règle générale* mais ne permet pas de bien saisir le *sentiment de pertinence* de certains résultats alors que les individus ne sont pas censés se comporter comme des agents dans le domaine économique. Plus précisément, si elle peut certainement postrationaliser, sa capacité de prédiction est beaucoup plus limitée (*infra*).

3. le domaine de validité et la question de l'information

Moins un individu dispose d'informations (acquisition et traitement), moins il répondra aux incitations économiques proposées par le droit et donc moins l'analyse économique du droit sera à même de prévoir les comportements des individus et les conséquences des règles juridiques.

Le problème de l'information est fondamental puisque c'est l'information qui permet de déterminer les options et d'évaluer la valeur de celles-ci (pour les personnes privées et pour les institutions). Il touche deux problèmes spécifiques : la question de l'obtention et la question du traitement. Plus un individu pourra « résoudre » ces deux problèmes, plus il pourra être modélisé sur la base de la rationalité économique (en supposant que le modélisateur dispose de ces informations). Ce problème est cependant souvent négligé en analyse économique du droit puisque les individus sont supposés « connaître » les différentes options qui s'offrent à eux et choisir en conséquence²³⁴⁴.

²³⁴⁴ Les obligations d'information(s) visent à rapprocher le réel du théorique, même si le droit néglige la question des capacités de traitement des informations. Ce problème n'est cependant pas celui que nous souhaitons aborder ici car il ne touche pas l'information conduisant à répondre aux incitations strictement juridiques. Il est certain qu'en donnant ces informations, on favorise le comportement rationnel de l'individu. Néanmoins, nous nous intéressons à sa réaction face à l'altération de l'environnement juridique et non simplement économique.

D'une manière générale, plus un domaine juridique est technique, moins il faudra s'attendre à ce que les individus non experts se comportent de façon rationnelle, tout simplement parce que le coût de l'information devient trop élevé. Nous avons d'ailleurs évoqué le problème de la clarté optimale du droit²³⁴⁵. Il est ainsi peu probable que l'ensemble des contribuables optimisent réellement leur impôt en fonction des normes juridiques ou que les citoyens utilisent toutes les ressources juridiques pour faire prévaloir leurs intérêts (ou essayer de le faire). Ils ne répondront qu'aux incitations « médiatisées ». En revanche, l'expert de droit fiscal (et plus largement du droit) joue au jeu de la fiscalité. Il connaît les règles et sait les utiliser. Cozian, Viandier et Deboissy ont cette formule en matière de constitution de sociétés : « *l'abus de droit [fiscal], c'est le péché des surdoués de la fiscalité* »²³⁴⁶. L'action du non spécialiste dans un domaine technique pourra difficilement être appréhendée sous l'angle de l'analyse économique du droit. Si nous tenons compte des capacités d'apprentissage, plus un individu aura à faire avec un domaine technique, plus il aura tendance à se comporter de façon optimale (si un « retour » lui est fourni).

De même, plus le droit se fonde sur les normes sociales (ne vise qu'à les renforcer), plus les individus auront tendance à se comporter conformément au modèle de l'individu rationnel relativement aux normes juridiques puisque le coût d'acquisition et de traitement de l'information restera faible (voire nul), sauf en ce qui concerne les sanctions. L'action du non spécialiste tendra à se rapprocher alors du comportement du spécialiste ; moins un droit est technique, plus il sera vraisemblable que les individus répondent aux incitations proposées.

Le problème de l'information pose aussi la question de la rationalité limitée plus générale des individus. Lorsque la rationalité est limitée, les individus agissent sur la base d'imitations, d'expériences ou de croyances. La réponse ne sera donc pas directement calculée. Le droit devra tenir compte de telles limitations, lorsque les effets de celles-ci sont relativement « prévisibles », et aussi favoriser l'apprentissage permettant de les dépasser. Nous retrouvons alors les conditions d'optimalité du système d'incitation (*supra*).

4. le domaine de validité et l'importance de la relation ou du pouvoir

Plus un pouvoir ou une relation est important, plus la logique du pire peut se justifier. L'analyse économique du droit retrouve alors une certaine puissance prescriptive.

²³⁴⁵ Partie 1, titre 2, chapitre 1

²³⁴⁶ Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *Droit des Sociétés*, 19^e édition, 2006, Litec, Paris, 673 pages, p 81. La fiscalité peut donc être une activité au sein de laquelle les individus peuvent n'agir qu'en fonction des incitations juridiques mais le problème de l'information pourra les en empêcher.

La justification est triviale. Plus un pouvoir est puissant, plus la capacité à faire le pire est importante. Limiter les possibilités du pire se justifie donc, dès lors que nous supposons que les individus titulaires de ce pouvoir peuvent se comporter de façon strictement rationnelle et tendre ainsi à abuser de leur pouvoir s'ils en ont l'opportunité. Le modèle de rationalité économique permet alors de poser les difficultés en poussant au bout la logique de l'individu rationnel, et la force descriptive de l'hypothèse n'est plus centrale (sauf pour la description du « pire »).

En matière de droit constitutionnel, il est certain que l'individu qui a le pouvoir de faire les lois est extrêmement puissant lorsqu'il est également maître de leur exécution. La logique de la séparation des pouvoirs est construite à partir du potentiel abus de pouvoir et non directement en fonction d'une nature humaine (même si on suppose que toute personne qui a du pouvoir est portée à en abuser). Le modèle de l'homme rationnel permet d'aider à « verrouiller » un système (fonction pragmatique) ou à mettre en évidence les dérives possibles (fonction critique). Le système sera alors construit pour limiter la probabilité de survenance du pire (dans la mesure où tout système qui laisse des possibilités d'action ne pourra jamais s'assurer qu'il ne sera pas détourné un jour). L'économiste apparaît alors comme un « testeur de coffre-fort » : s'il faut que le coffre puisse s'ouvrir (pour s'adapter), il doit vérifier que celui-ci résiste suffisamment aux chocs (il ne s'adaptera qu'en cas de nécessité).

De même, le droit pénal pourra être analysé à l'aide des outils de l'analyse économique, même si l'idée de justice risque de perturber la perception des résultats. Le pire des criminels (sur lequel le droit peut avoir un impact) n'agira qu'en fonction des incitations juridiques. Il faudra alors déterminer un système qui limite ses possibilités d'actions, sans pouvoir néanmoins les réduire à néant (en raison du coût).

Le code des marchés publics vise, lui aussi, à limiter la probabilité de survenance du pire (le gaspillage des deniers publics). Les procédures visent à réduire, sans y parvenir parfaitement, les possibilités de faire prévaloir les intérêts privés sur les intérêts publics. Plus les sommes en jeu sont importantes, plus les règles sont contraignantes.

Le problème de la validité de l'analyse économique ne dépendra plus de l'idée de domaine, de type d'individu, etc., il dépendra uniquement de la possibilité « d'abuser » des prérogatives offertes par le droit. Le droit de la famille, par exemple, pourra être analysé sous la logique du pire et lorsque le pire sera identifié, certaines règles pourront être mises en place.

Les quatre éléments que nous venons de présenter ne concernent pas tous les mêmes dimensions de la validité de l'analyse économique. Certains touchent la validité descriptive, d'autres la validité

prédictive et prescriptive, d'autres encore des fonctions critiques²³⁴⁷. Ces éléments ne permettent pas non plus de construire des domaines du droit (au sens de cohérence spatiale). Ils permettent potentiellement de construire une représentation géométrique de la validité (déterminée par le volume défini par les points dans chacune des dimensions, même si la signification de la validité reste variable). Le système est abordé comme un ensemble de normes offrant des pouvoirs et des opportunités. La validité de l'analyse économique (et son type) doit être examinée pour chaque norme ou pour chaque ensemble normatif en précisant bien l'objectif de la démarche (identifier le pire, décrire, etc.) et les postulats de base (notamment les préférences).

La conception méthodologique de l'économie permet à l'analyse économique de ne pas voir sa validité (globale) réduite par un découpage juridique des phénomènes. Il est alors possible de considérer que c'est l'architecture des systèmes juridiques, plus que les normes, qui permet de déterminer un champ de validité de l'analyse économique du droit.

²³⁴⁷ Si nous restons évasif sur la détermination de la fonction, c'est que nous considérons qu'il est impossible de le faire, et même contre productif de chercher à le faire.

Section 2. La détermination du champ de validité en fonction de l'architecture des systèmes juridiques ?

« *L'analyse économique serait particulièrement adaptée aux pays de common law, où les lois ne sont généralement pas codifiées et où les juges, jouissant d'une plus grande liberté dans la création du droit, pourraient plus facilement prendre en considération des objectifs économiques, telle que l'efficacité* »²³⁴⁸

Anthony Ogus et Michael Faure

« *Because the common law was the legal framework in which most law and economics contributions were developed, anyone interested in discussing the chances of success of this approach in Europe finds himself or herself in need of checking the differences between common law and civil law that may be relevant to his or her problem* »²³⁴⁹

Hugo Mattei

Le berceau de l'analyse économique du droit se trouve sans nul doute aux Etats-Unis, pays de *common law*. Les résistances plus ou moins vives des pays de droit écrit, dont la France, pourraient traduire, en première analyse, une inadaptation de cet outil à l'architecture de leur système juridique. L'analyse économique du droit ne serait alors qu'un produit spécifique d'une architecture juridique, la pertinence de ses résultats (à la fois en ce qui concerne les domaines descriptif, positif et prescriptif) variant en fonction de cette dernière. Au minimum, il semble nécessaire de justifier l'utilisation de l'analyse économique du droit en matière de droit civil codifié²³⁵⁰ et de qualifier ses résultats.

Pourtant, certains pays de droit écrit ont été réceptifs à l'analyse économique du droit²³⁵¹, même si cette dernière n'a pas le « prestige » qu'elle peut avoir aux Etats-Unis ; ce type d'analyse ne s'est

²³⁴⁸ Anthony Ogus et Michael Faure, *Economie du droit: le cas français*, op cit, p 12. Les auteurs reconnaissent que cette conception est « naïve ».

²³⁴⁹ Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, p 77

²³⁵⁰ Par exemple, Bruno Deffains (ed), *L'Analyse Economique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, op cit (par exemple p 5 : « *partant du constat que jusqu'à présent les recherches se sont principalement concentrées sur la common law, ce colloque insiste en priorité sur la possibilité d'étendre cette problématique à des pays où le droit présente la particularité d'être largement codifié* ») ; Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, chapitre 3.

²³⁵¹ Il existe d'ailleurs une assez forte disparité entre les pays de droit écrit concernant l'acceptation de l'analyse économique du droit. En Autriche, l'analyse économique du droit n'est pas encore puissante même si elle tend à se développer (Wolfgang Weigel, *Law and Economics in Austria*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 118-127, p 118). L'Allemagne a été plus rapidement et plus profondément réceptive à l'analyse économique du

pas développé avec le même engouement dans tous les pays de *common law*²³⁵². Le degré de réceptivité (et donc de perception de la validité) ne semble pas uniquement corrélé à l'appartenance à une certaine architecture du système juridique. Il nous paraît donc nécessaire de rechercher des paramètres relatifs au système juridique favorisant l'introduction et le développement de l'analyse économique du droit, et ainsi la pertinence perçue des résultats proposés. De tels critères peuvent découler de l'opposition traditionnelle entre *common law* et *civil law* mais ne sauraient s'y réduire. Il s'agit alors de repérer des caractéristiques au-delà de tels clivages²³⁵³.

Si l'analyse économique du droit est une méthode, elle peut s'appliquer à n'importe quel objet, sans considération de son architecture. Se focaliser sur l'architecture serait donc faire fausse route, ou plus précisément manquer l'objectif (§1) puisque l'opposition schématique des systèmes permet de mettre en évidence des éléments favorisant l'analyse économique du droit. Nous identifierons des paramètres relatifs à la philosophie sous-jacente du système qui nous apparaissent les plus pertinents pour « délimiter »²³⁵⁴ un champ de validité pour l'analyse économique du droit (§2). Ces paramètres ont une influence sur l'architecture du système juridique mais ne sont pas « réductibles » à cette architecture. Ils touchent plus largement à l'écologie du système juridique.

droit (Roland Kirstein, *Law and Economics in Germany*, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, op cit, vol 1, pp 160-227) mais la puissance du mouvement est sans commune mesure à ce qui peut exister dans les universités d'Amérique du nord. Le Bénélux (et notamment les Pays-Bas) a été, lui aussi, plus influencé que l'Italie (même si de très grands noms du mouvement sont italiens), l'Espagne ou la France (pour plus de détails, voir les études réunies dans Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol 1, op cit, pp 118-382). Israël est un pays de *civil law* qui comprend un très grand nombre de praticiens dans le domaine de l'analyse économique du droit (certainement en raison des liens qui l'unissent aux États-Unis). Cette disparité laisse penser, et c'est ce que nous développerons dans cette section, que l'architecture juridique ne permet pas, à elle seule, de « déduire » l'acceptabilité du raisonnement économique pour l'étude des phénomènes juridiques.

²³⁵² L'Inde ne se penche pratiquement pas sur ces questions, malgré la présence de très grands économistes. Le Royaume Uni, l'Australie ou la Nouvelle Zélande sont relativement « pauvres » dans ce domaine. Le Canada, par contre, dispose d'éminents spécialistes (Mackaay ou Trebilcock par exemple), même s'il n'est pas uniquement un pays de *common law* (en raison de l'influence française et de son code civil). L'approche peut dès lors sembler géographiquement située : elle serait un produit de l'Amérique du Nord.

²³⁵³ Certains n'hésitent d'ailleurs pas à faire une analyse économique de l'analyse économique du droit. Par exemple Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law and Economics*, 2007, *Capital University Law Review*, vol 35, pp 787-809. L'article fournit de précieuses données quantitatives sur l'influence de l'analyse économique dans les pays occidentaux. Nous nous rendons compte notamment qu'en Europe, ce sont les économistes qui sont le plus intéressés par l'analyse économique du droit alors qu'aux États-Unis ce sont les juristes qui sont dans cette position.

²³⁵⁴ Plus précisément nous aider à une délimitation car la valeur de l'analyse économique du droit doit davantage se penser comme un curseur que comme un interrupteur.

Nous ne nous intéresserons pas ici à la question normative de l'efficacité comparée des différents types de système²³⁵⁵ ou aux motivations « politiques » visant à discréditer l'analyse économique du droit. Néanmoins il est certain que dès lors qu'une méthode « attaque » une certaine architecture, des résistances émergeront naturellement²³⁵⁶. Signalons aussi que les théories visant à prouver l'efficacité de la *common law* ont servi un double projet. Si la *common law* tend vers l'efficacité alors la justification de la logique économique du droit est plus aisée. Si le droit a une logique économique alors l'utilisation de l'analyse économique du droit peut être prescriptive puisqu'elle ne fait qu'anticiper ce qui va être. Étrangement, la critique de l'efficacité de la *common law* n'a pas conduit à remettre en question la valeur prescriptive et la valeur descriptive de l'analyse.

Signalons aussi que le débat sur l'architecture juridique, lorsqu'il oppose la *common law* et le droit civil écrit, ne touche que le droit privé. Cette opposition est à relativiser en ce qui concerne le droit constitutionnel par exemple, et plus largement le droit public, même si les analyses économiques dans ces domaines sont plus rares. Par exemple, en France, le droit administratif pourrait se rapprocher d'un modèle de *common law*²³⁵⁷ en mettant un accent tout particulier sur la

²³⁵⁵ Même si, indirectement, en minimisant les différences entre les deux types de systèmes, nous critiquons une partie de ces analyses. Par ailleurs, dès lors que nous cherchons à apprécier une efficacité dynamique, cette question est largement insoluble concrètement (*supra* Partie 1, Titre 1, chapitre 2, section 2) et toute tentative de hiérarchisation est nécessairement biaisée par la représentation de ce qui « est » un « bon droit » (même si nous considérons que l'efficacité est un critère pertinent dans la mesure où l'efficacité n'est pas un concept parfaitement autonome puisque son utilisation suppose de faire un certain nombre de choix). Sans l'explicitation et la justification de telles prémisses, les analyses sont largement stériles. Il est même parfaitement possible de démontrer l'efficacité du droit civil par rapport au droit de la *common law* (voir par exemple Aristides Hatzis, *Civil Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair ?*, in Stefan Grundmann et Martin Shauer (sous la direction de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, Kluwer Law International, Amsterdam, 374 pages, pp 159-191). Nous ne rentrerons pas non plus dans une analyse comparée des différents systèmes juridiques (au sein de grands types) pour des raisons similaires.

²³⁵⁶ Par exemple en mettant en avant sa tonalité politique (l'analyse économique serait conservatrice ou libérale, elle ne tiendrait pas compte des valeurs de justice, etc.), ou les réactions visant à éviter toute invasion pour conserver une certaine « domination » (rejet de la méthode en invoquant une inadaptabilité pour des raisons plus normatives que positives). Il suffit de penser aux réactions suite aux rapports *Doing Business*, notamment de la part de l'association Henri Capitant (collectif, *Les Droits de Tradition Civiliste en Question*, 2006, Société de Législation Comparée, Paris, 144 pages ; une partie du document traite justement de l'efficacité comparée mais son objectif premier consiste à « protéger » le système civiliste) et plus largement de la mission droit et justice à travers le programme « attractivité économique du droit ». Si la dimension politique des réactions est évidente, il ne faudrait pas y voir qu'une réaction politique.

²³⁵⁷ Ce qui ne signifie pas que les administrativistes français ne soient pas, pour certains d'entre eux, opposés à l'analyse économique du droit, ou plus précisément à l'une de ses formes (par exemple, Jacques Caillousse, *La Constitution Imaginaire de l'Administration*, 2008, PUF, Paris, 421 pages). Le Conseil d'Etat semble, lui, assez réceptif à ces nouvelles approches. Il suffit de penser à l'utilisation du raisonnement probabiliste qu'il utilise en droit de la responsabilité administrative. Par exemple, Conseil d'Etat, Section du contentieux, Centre Hospitalier de la Vienne, 21 décembre 2007, *op cit*.

logique des précédents. De même, les réflexions de Posner relatives à l'interprétation des *statutes* traduisent une logique presque civiliste²³⁵⁸.

Les paramètres que nous mettrons en évidence ne se réduiront pas à l'opposition entre *common law* et *civil law*. Ils toucheront plus directement la « logique » et même le « sens » du droit. *La validité perçue de l'analyse économique du droit, tant du point de vue descriptif que normatif, découle d'une conception du droit (infra)*. La validité perçue des méthodes dépend donc des croyances relatives à la « nature » de l'objet (même s'il serait préférable d'y voir un double mouvement, de la méthode vers l'objet et de l'objet vers la méthode).

§1. La fausse opposition entre common law et civil law pour déterminer le système le plus à même d'accepter la logique du raisonnement économique

*« Under the impact of a dramatic worldwide intensification of a trans-national exchange and the movement of persons, goods, services, and capital, the work of all branches of the legal profession tends to become globalized. Legal scholarship has begun its search for a common core of legal systems, and thus has sought to redirect the emphasis of comparative law toward similarities rather than differences »*²³⁵⁹

Rudolf Schlesinger

Il ne fait aucun doute que le mouvement de codification des XVIII^e et XIX^e siècles a profondément bouleversé l'approche du droit des juristes de l'époque²³⁶⁰. Pour certains le droit civil se résumait d'ailleurs au code civil²³⁶¹ et le rôle des juges se limitait, idéellement, à l'application du code. Holmes explique ainsi que, en présence d'un cas nouveau²³⁶², « *If the code is truly law, the court is confined to a verbal construction of the rule as expressed and must decide the case wrong. If the court, on the other hand, is at liberty to decide ex ratione legis [...] the code is not law, but a mere textbook*

²³⁵⁸ Voir notre partie sur le pragmatisme de Posner

²³⁵⁹ Rudolf Schlesinger, *The Past and Future of Comparative Law*, 1995, *American Journal of Comparative Law*, vol 43, pp 477-481, p 479

²³⁶⁰ Voir par exemple Jean-Louis Halpérin, *Histoire des Droits en Europe de 1750 à nos jours*, 2004, Flammarion, Paris, 383 pages, spécialement pp 60-81

²³⁶¹ Et il est encore possible de trouver des juristes susceptibles de penser encore une telle chose.

²³⁶² Sans bien évidemment définir une telle notion...

recommended by the government as containing all at present known on the subject»²³⁶³. Sous cet angle, l'opposition était marquée, au moins symboliquement, entre les pays de droit civil et les pays de *common law*, surtout lorsque ces systèmes étaient envisagés plus comme des idéaux types que comme des réalités concrètes.

Cette opposition doit être aujourd'hui relativisée sans être totalement niée²³⁶⁴ : si le code de justification n'est pas le même, la prise de décision semble largement similaire. Nous ne nous intéresserons pas ici à la relativisation des différences dans le contenu du droit²³⁶⁵ mais dans son fonctionnement. Nous ne chercherons pas à faire œuvre de droit comparé mais à montrer que, du point de vue de la possibilité de l'utilisation de l'analyse économique du droit (et donc de la pertinence des informations qu'elle peut nous apporter), la distinction entre *common law* et *civil law* est trop schématique. Cette schématisation permet certainement de qualifier une partie des résultats de l'analyse économique du droit. Néanmoins, il est nécessaire de chercher des critères de qualification plus profonds si nous souhaitons véritablement mettre au jour des fondements de la validité perçue de ce type d'analyse (*infra*).

La différence principale entre ces deux systèmes se trouverait dans la fonction du juge²³⁶⁶. À côté d'un juge « bouche de la loi », existerait un juge « créateur du droit ». Cette représentation schématique a certainement un impact sur la valeur des informations fournies par l'analyse économique du droit (A). Néanmoins, la situation « réelle » doit être recherchée dans un juste milieu entre ces deux positions, ce qui limite l'opposition des systèmes pour la détermination du champ de validité de l'analyse économique du droit (B).

²³⁶³ Oliver Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law, 1870, *American Law Review*, vol 5, pp 1-13, p 2. L'article est non signé mais attribué à Holmes. Signalons déjà que l'idée de décision « erronée » traduit une certaine conception du droit et que l'idée d'efficacité du droit civil, sous cet angle, est plus délicate à justifier.

²³⁶⁴ Pour une approche à la fois « datée » et très actuelle, voir par exemple Jean Blondeel, *La Common Law et le Droit Civil*, 1951, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol 3, pp 585-598. Voir aussi Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, spécialement pp 81-82 (qui critique la vision schématique des deux systèmes). Si nous partons de cette vision schématique c'est qu'elle est toujours présente et que, s'il est possible de justifier l'utilisation de l'analyse économique du droit dans une conception schématique de la *civil law*, alors il sera aisé de la justifier dans une vision moins schématique.

²³⁶⁵ Signalons simplement que les emprunts ont été réalisés et que les différences dans le contenu pratique des droits n'est pas gigantesque (le rôle des notaires, le trust ou la possibilité des clauses pénales dans les contrats par exemple).

²³⁶⁶ Nous ne chercherons pas à présenter l'ensemble des différences des systèmes juridiques entre les pays de *common law* et les pays de *civil law*. L'accent placé sur le rôle du juge correspond à la conception classique de l'opposition des systèmes (par exemple Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, p 78 : « *According to traditional comparative law doctrine, the civil law is mostly a codified system where the role of bureaucratically recruited judges is to interpret and apply a written body of statutes. Common law, conversely, consists mostly of case law where technocratic judges are concerned with finding the applicable rule within the body of law made up of legal precedent* »).

La validité de l'analyse économique du droit ne peut donc se réduire au système dans lequel elle s'applique. La distinction entre *common law* et *civil law* n'a d'ailleurs pas été réalisée dans ce but²³⁶⁷. Le système a un impact pour qualifier les résultats mais il ne permet pas de mettre en évidence les éléments favorables à l'introduction et au développement de l'analyse économique du droit.

A. L'opposition des idéaux types des systèmes et sa pertinence relative du point de vue théorique

Nous nous intéresserons ici à la conception schématique de l'opposition entre *civil law* et *common law*, autrement dit soit le juge n'a aucun pouvoir et ne fait qu'appliquer un code²³⁶⁸, soit le juge est créateur du droit même s'il tient compte des précédents. Dans la mesure où l'analyse économique du droit met l'accent sur le problème de la décision juridique²³⁶⁹ et notamment judiciaire, il est certain que la valeur des informations fournies variera en fonction des systèmes. La qualification de l'impact de cette variation reste délicate.

Pour autant, il serait faux de croire qu'un système (même extrémiste) se prêtera à ce type d'analyse alors que l'autre y sera résistant. Bien au contraire, *nous assistons simplement à une translation dans la portée de l'analyse économique du droit et non à une négation de son intérêt* : l'analyse économique du droit, dans un pays de *civil law*, servira davantage le législateur que le juge tant du point de vue descriptif que prescriptif. Afin de mettre en évidence ce dernier point, nous analyserons la valeur des informations fournies par l'analyse économique du droit dans chacun des systèmes, en commençant par la version schématique de la *civil law*.

Notons que l'opposition des systèmes ne permet pas de remettre en cause la force prédictive de l'analyse économique du droit lorsqu'elle concerne l'adaptation des agents au droit : que le droit provienne du juge ou du législateur (voire même des deux), les agents répondront aux normes telles qu'ils les perçoivent. L'opposition entre les systèmes ne peut donc viser que la force prescriptive ou la force descriptive. Ces deux « forces » étant intimement liées – le prescriptif

²³⁶⁷ Toute distinction dépend néanmoins d'une perception de différences et donc d'un « programme » de recherche (permettant d'identifier ces différences). Réutiliser des catégories construites dans un autre but est réducteur.

²³⁶⁸ Et nous supposerons que cela est possible, ce qui ne l'est pas en raison de l'utilisation du langage.

²³⁶⁹ Voir Partie 1, Titre 2, chapitre 2

perçu agissant sur le descriptif envisageable et réciproquement²³⁷⁰ – la détermination précise de leur puissance relative ne sera pas étudiée²³⁷¹.

1. Le cas schématique de la *civil law* et la pertinence de l'analyse économique du droit

La caractéristique principale d'un système de *civil law* est qu'il dispose d'un code. Dans la conception schématique la plus absolue, ce code contient l'ensemble du droit²³⁷² que le juge n'a plus qu'à appliquer. Le raisonnement juridique est alors strictement déductif et logique ; le *modus ponens* ne pose aucune difficulté. Il existe une et une seule « bonne » solution juridique parfaitement identifiable par les « spécialistes » et donc une forme de « démonstrabilité » des solutions juridiques²³⁷³. A travers la *civil law* s'exprime donc un « sens » du droit bien particulier.

Dans ce système, il est certain que la valeur des résultats de l'analyse économique du droit sera très relative. Elle ne pourra pas ainsi prescrire au juge les solutions qu'il devra adopter, ni l'informer pour sa prise de décision. Elle ne lui permettra pas non plus d'identifier les « bonnes » solutions ou le droit à appliquer. La solution retenue par le juge ne sera pas une solution prise sur la base de considérations économiques (nous supposons implicitement que les contraintes sont suffisamment puissantes), car elle ne sera pas perçue comme un choix. Pire encore, elle constituera un outil de perversion et de déstabilisation du système lorsque les contraintes pesant sur le juge ne seront pas suffisamment fortes (notamment car elles conduiront le juge à identifier et à « peser » ces contraintes)²³⁷⁴.

L'analyse économique du droit pourra cependant mettre en évidence (ou post rationaliser) les contraintes pesant sur le juge lorsqu'il rend une décision, ou expliciter les (des) inefficiences

²³⁷⁰ Ce type de boucle réflexive nous semble être à l'origine de la décision en droit.

²³⁷¹ Nous pensons d'ailleurs que si ces forces sont pertinentes leur quantification est très limitée, et finalement peu « utile » (*infra* titre 2)

²³⁷² Nous nions donc les problèmes du langage, de la nécessaire incomplétude des codes, etc... Nous supposons que la syntaxe du droit (les relations entre les normes) est parfaitement cohérente et que la sémantique n'est pas une difficulté. Ces hypothèses ne visent pas à retranscrire le réel mais une conception schématique de l'idée de codification, conception qui n'est pas partagée par les créateurs mêmes du code (*infra*).

²³⁷³ Cette vision schématique correspond souvent à la conception des étudiants de première et de deuxième année en droit. Un cas pratique doit avoir une solution (et parce qu'il doit, il a...). Notons, de façon amusante, que dans un tel cas le juge n'a plus aucun rôle, et il est d'ailleurs peu probable qu'il ait à rendre des jugements (puisque ceux-ci supposent que le droit ne soit pas suffisamment évident).

²³⁷⁴ Nous retrouvons la tension fondamentale entre l'optimalité procédurale et l'optimalité circonstancielle.

résultant d'un tel système (notamment liées à une utilisation non optimale de l'information²³⁷⁵). Elle permettra aussi d'identifier les conséquences des règles juridiques sur le comportement des individus (si nous les supposons « rationnels »), même si ces éléments n'auront aucun impact sur la décision rendue par le juge.

Si l'analyse économique du droit semble peu pertinente, c'est parce que le problème de la décision judiciaire disparaît dans ce modèle. S'il n'existe aucun problème de choix (et donc aucune production juridique à ce niveau), l'utilité de l'analyse économique du droit est quasi nulle pour le juge puisqu'elle s'intéresse au problème du choix. L'analyse économique du droit reste cependant pertinente lorsque nous nous intéressons aux entités qui « produisent » le droit.

Dans un système de *civil law* aussi extrême (ce qui est pratiquement impossible), l'analyse économique du droit servira davantage le législateur que le juge. Son centre de gravité se déplacera : ce sera le législateur qui sera le producteur du droit et qui aura des décisions à prendre²³⁷⁶. L'analyse économique du droit n'est pertinente que relativement aux producteurs du droit. Elle pourra leur servir à identifier le « droit » efficient ou certains de ses paramètres (ce qui suppose qu'ils adhèrent à cette valeur normative²³⁷⁷) et des possibles conséquences des règles juridiques qu'ils vont mettre en place. Potentiellement leur comportement pourra être analysé comme un comportement économique (le législateur tendra à sélectionner les règles efficientes ou à faire prévaloir les règles qu'il préfère en tenant compte de l'impact des nouvelles règles sur la cohérence du système)²³⁷⁸.

L'analyse économique du droit servira aussi au producteur des méta-normes. L'approche économique des normes constitutionnelles, et plus généralement des procédures conduisant à la production du droit, éclairera le contenu de ces normes et servira à mettre en évidence leur impact. Le constituant pourra alors tenir compte de ces informations. Notons d'ailleurs que

²³⁷⁵ Si nous acceptons la logique de l'efficacité, le centre de décision devra être celui qui sera le mieux à même de rassembler les informations pertinentes pour une prise de décision. C'est ainsi que Hayek souhaitait réduire le rôle du législateur et même du juge (Friedrich Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, op cit, tome 1). Nous reviendrons sur ce point par la suite.

²³⁷⁶ C'est donc le couple formé par le législateur et le juge qui nous servira de référence.

²³⁷⁷ Notons que la norme de l'efficacité (au sens de maximisation de la richesse) se comprend mieux lorsqu'elle n'est qu'une norme résiduelle. Le juge l'applique par défaut lorsqu'il n'a pas à valoriser d'autres objectifs. Imposer une telle norme au législateur est beaucoup plus délicat puisqu'on lui reconnaît la possibilité de faire des choix normatifs.

²³⁷⁸ Il est même évident qu'une théorie globale du comportement du juge ou du processus de décision en droit (une fois le droit créé) sera inutile dans un tel système. Notons que l'opposition entre le domaine du droit et le domaine de législation est marquée en France. L'éducation juridique ne vise pas à donner des éléments pour réaliser des choix législatifs. Le droit est souvent perçu comme une application de la législation (au sens large). Il est même possible de se demander si le choix législatif est perçu comme un choix « juridique » du point de vue de notre découpage disciplinaire.

l'analyse économique de la production normative transcende les différences entre les deux systèmes. Le problème économique de la séparation des pouvoirs est ainsi le « même » dans les différents systèmes, ce qui peut d'ailleurs expliquer leur « rapprochement » lorsque les oppositions culturelles ne sont pas trop fortes²³⁷⁹. Théoriquement, c'est dans ce domaine que l'analyse économique du droit dispose d'une dimension universelle²³⁸⁰.

Enfin, la doctrine pourra, elle aussi, utiliser l'analyse économique du droit pour sa dimension critique, prédictive et prescriptive (vis-à-vis de la législation puisque le juge est « transparent » et ne prend aucune véritable décision). Des paramètres écologiques devront cependant être pris en compte. La doctrine n'utilisera cet outil que si elle « peut » les utiliser. Il faudra donc tenir compte des contraintes pesant sur elle (*infra*).

Même dans une situation extrême comme celle que nous venons de postuler, l'analyse économique du droit conserve une certaine pertinence (si nous supposons que les producteurs du droit sont rationnels ce qui relève d'une croyance nécessaire à l'étude de leur comportement sous l'angle économique), même si le centre de gravité n'est plus ni sur le juge, ni sur le problème de la décision judiciaire.

2. Le cas schématique de la common law et la pertinence de l'analyse économique du droit

La caractéristique principale d'un système de *common law* est de ne pas disposer de code (ceci est à relativiser en raison de l'importance grandissante du droit écrit dans les pays de *common law*, nous restons ici dans la conception schématique). Comme le note Holmes, contrairement à la logique civiliste, la *common law* « *decides the case first and determines the principle afterwards* »²³⁸¹. Ces principes seront ensuite modifiés (ou plus précisément reconfigurés) avec les jurisprudences postérieures et

²³⁷⁹ L'opposition se retrouve à travers les trois grands théoriciens du contrat social : Hobbes, Locke et Rousseau et leur influence respective sur les systèmes. Il semble nécessaire d'ajouter Montesquieu et Madison pour avoir une vision plus complète des oppositions. C'est la conception de l'Homme, du comportement de la masse et des élites qui déterminent le système constitutionnel. Ceci pourrait ainsi expliquer pourquoi le contrôle de constitutionnalité apparaît très tôt aux Etats-Unis, beaucoup plus tard en France et reste « masqué », voire inexistant, au Royaume Uni. Certains pourraient aussi y voir l'opposition des religions, et donc des socles de la culture des pays considérés.

²³⁸⁰ Et logiquement c'est dans ce domaine que l'opposition à l'utilisation de l'analyse économique, pour des raisons autres que politiques, sera la moins puissante. Comme nous l'avons déjà précisé, accepter la logique de la séparation des pouvoirs, c'est accepter la logique de l'analyse économique du droit.

²³⁸¹ Oliver Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law, op cit, p 1. Ceci n'est pas sans poser le problème de la décision originelle ou des décisions originelles permettant justement de dériver des « principes » à partir desquels la solution pourra être rendue (cette vision est d'ailleurs très dworkinienne).

l'apparition de cas nouveaux. Les juges seront censés s'appuyer sur les décisions antérieures et donc sur les « principes » pour décider les cas qui leur sont soumis. Le juge dans un système de *common law* extrême, pourrait être représenté comme la totalité du couple législateur/juge dans les pays de *civil law*. Il est le producteur du droit et prend des décisions. Nous supposons pour le moment (nous lèverons ensuite cette hypothèse *infra*) que le juge rend ses décisions sans être trop « contraint » par le système juridique. Autrement dit, les précédents ne le « contraignent » pas vraiment soit parce qu'il y en a suffisamment pour que n'importe quelle solution puisse être envisagée, soit car aucun précédent ou aucun principe tiré de ces précédents ne peut s'appliquer (ce qui est illusoire²³⁸²) ou au moins déterminer précisément la solution à apporter.

L'analyse économique du droit peut s'intéresser au problème de la décision judiciaire car il s'agit d'une réelle décision. Il n'existe pas une bonne solution *a priori* mais un problème qu'il faut trancher le « mieux » possible. Disposer d'informations sur les conséquences économiques des solutions possibles constituera sans nul doute une information pertinente pour la prise de décision, voire même un outil de justification de celle-ci. Considérer l'efficacité relative des solutions pourra aussi avoir un impact, même si ce critère normatif ne sera pas nécessairement le seul retenu par le juge. Le juge aura ainsi tendance à être plus « pragmatique » que dans un système extrême de *civil law*.

Le comportement des juges pourra aussi être envisagé du point de vue économique. Le juge est un agent économique dans la mesure où il prend une décision. Pour qu'il adopte une solution efficace, il faut qu'il y soit incité (ou contraint). Les premières analyses touchant l'efficacité de la *common law* essayaient de déduire l'efficacité de cette dernière à partir du comportement des parties à un litige en négligeant totalement le rôle du juge²³⁸³. De l'efficacité comme résultat d'une contrainte, il était alors possible de passer à l'efficacité comme choix (pour anticiper la contrainte). Le juge retrouve son statut d'individu rationnel et semble se comporter « comme si » il était un individu rationnel cherchant à valoriser l'efficacité des normes²³⁸⁴. La production

²³⁸² Il s'agit généralement de la vision que nous retrouvons dans les ouvrages d'analyse économique du droit. La contrainte systémique est tout simplement niée.

²³⁸³ Pour les premiers modèles, voir notamment Paul Rubin, *Why is Common Law Efficient*, op cit ; George Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, op cit. Cette position a été critiquée par Robert Cooter et Lewis Kornhauser, *Can Litigation Improve the Law Without the Help of the Judges*, op cit. Pour un résumé de la problématique, voir Paul Rubin, *Why was the Common Law Efficient*, op cit.

²³⁸⁴ La validité de ce saut n'a cependant pas été remise en cause malgré les critiques des modèles visant à justifier l'efficacité de la *common law*. Rien n'indique cependant que le juge agira comme s'il visait la valorisation de l'efficacité. La modification de la position posnérienne sur le sujet est frappante et traduit l'impossibilité pour l'analyse économique du droit de saisir l'ensemble du comportement des juges.

normative peut se lire comme le produit d'une recherche de l'efficience et la force normative et descriptive de l'analyse économique réapparaît. D'autres modèles ont tenté de mettre en évidence la fonction d'utilité du juge lors de la prise de décision (en soulignant l'importance du risque de voir sa décision se faire renverser²³⁸⁵). Dans ce cas, le juge est un individu rationnel par hypothèse et l'analyse économique du droit peut se déployer²³⁸⁶.

Comme dans les pays de *civil law*, la doctrine peut utiliser l'analyse économique du droit pour identifier les conséquences des normes juridiques et critiquer les normes existantes.

Dès lors que nous supposons que les précédents ou les principes ont une force normative et que les juges sont « contraints » de les respecter, la valeur de l'analyse économique du droit tend à décliner. Supposons par exemple qu'il soit possible de dériver « objectivement » des principes des précédents ; ces principes contraindront le juge lorsqu'il prendra une décision et ce, potentiellement autant qu'un code (lorsque nous n'en avons pas une conception aussi étroite que le modèle que nous avons développé. Les « *restatements* » sont d'ailleurs assez proches des codes même si leur force normative est différente, *infra*). Dès lors que nous supposons que nous ne pouvons pas connaître, ou du moins que le juge ne peut pas connaître, l'ensemble des conséquences de la modification des règles juridiques, il sera parfois préférable d'accorder un « poids » plus important aux normes sociales²³⁸⁷ (en fonction de la croyance relative dans leur « efficience ») et notamment à la cohérence du système juridique (qui assure une certaine prévisibilité).

B. Une opposition concrète entre les deux systèmes limitée du point de vue de la valeur des résultats de l'analyse économique du droit

Nous venons d'analyser une vision schématique des deux systèmes et son impact sur la valeur perçue des résultats de l'analyse économique du droit. Lorsque nous nous plaçons dans une perspective plus concrète, l'opposition s'efface largement, et avec elle les distinctions relatives aux possibilités d'utilisation de l'analyse économique du droit.

²³⁸⁵ Mais une fois de plus le modèle ne vise que la post rationalisation dès lors que l'ensemble des paramètres influençant la prise de décision n'est pas identifié.

²³⁸⁶ Ces résultats sont limités à la croyance dans la rationalité du juge. Or cette rationalité globale des juges est une nécessité si nous voulons pouvoir rendre compte d'un système de *common law* radical (sans droit écrit).

²³⁸⁷ Nous retrouvons l'opposition entre l'analyse posnérienne et la position hayekienne. L'appel à l'impact des normes sociales dans la décision est une technique de rationalisation de la décision relativement puissante. Il faut donc distinguer la pondération *ex ante* et la post pondération.

L'image schématique des systèmes de *civil law* est critiquée dès l'origine. Portalis, dans son discours préliminaire sur le premier projet de code civil, indique ainsi que : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. [...] L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »²³⁸⁸. Le juge n'est donc pas uniquement « la bouche » de la loi mais dispose d'un pouvoir créateur même lorsqu'un code existe. *Il est orienté par le code mais le code ne peut pas prendre la décision*. S'il est en relation avec le législateur, il n'est pas asservi par ce dernier. Il suffit de penser à l'histoire de l'alinéa 1 de l'article 1384 du code civil ou encore à l'évolution de la conception de l'article 544. L'idée de revirement de jurisprudence traduit, elle aussi, l'impact de la jurisprudence même si les arrêts de règlement restent interdits par l'article 5 du code civil (*infra*).

De même, la montée en puissance des *statutes*, des *restatements*, et autres *act* et sources de droit écrit dans les pays de *common law*²³⁸⁹ a eu une influence sur l'encadrement du juge même si la force obligatoire de ces sources n'est pas de la même nature que le code des pays de droit civil²³⁹⁰. Le juge a aussi réussi à s'émanciper des contraintes des précédents (notamment en jouant sur l'idée de situation semblable).

L'opposition entre les deux systèmes conserve une influence, même limitée, du point de vue de la validité de l'analyse économique du droit, en lien avec la perception du degré de liberté des juges (1). Nous passerons brièvement sur ce point. En effet, cette opposition nous semble davantage résulter d'un code de justification, et *c'est ce code de justification qui conduit à limiter la perception de la validité de l'analyse économique du droit (2) plus que les caractéristiques de l'architecture du système juridique*²³⁹¹. Si l'analyse économique du droit semble moins pertinente dans les pays de droit écrit, c'est qu'elle n'apparaît pas directement « utile » au juriste (au sens large, à la population qui habite le système juridique) car le codage des réponses juridiques n'est pas un codage économique.

²³⁸⁸ Jean Etienne Marie Portalis, *Discours Préliminaire au Premier Projet de Code Civil*, op cit, pp 18-19. Cette vue contraste avec la vision proposée par Holmes.

²³⁸⁹ Qui n'est pas un phénomène nouveau, par exemple, Jean Blondeel, *La Common Law et le Droit Civil*, op cit. Généralement il s'agit de reconstruire à partir du droit existant.

²³⁹⁰ Nous retrouvons, en miroir, la position du code civil concernant les arrêts de règlement.

²³⁹¹ Même si cette architecture a une influence sur le codage des justifications.

1. L'opposition des systèmes concernant le degré de liberté des juges et son impact sur la validité perçue de l'analyse économique du droit

Le point central de l'opposition entre *common law* et *civil law* est celui du degré perçu de liberté des juges. Il est d'ailleurs au centre de l'opposition schématique entre les deux systèmes. *Dès lors que le juge dispose d'une certaine marge de manœuvre, l'analyse économique peut s'étendre puisque le problème de choix réapparaît.*

Si l'analyse économique semble plus pertinente dans les pays de *common law*, c'est parce que les juges apparaissent plus « libres » dans leurs décisions que les juges de *civil law* ; l'un décide et tranche un problème, l'autre cherche une solution juridique et doit éviter toute considération politique. *C'est le sens de la fonction et donc du droit qui détermine la « légitimité » des systèmes de justification.* Cette dernière perception est d'ailleurs tenace et le style juridique des décisions s'en ressent. Les différentes options sont analysées et discutées par le juge de *common law* dans les motifs alors qu'elles sont délaissées par le juge de *civil law*. Les opinions dissidentes ne sont pas non plus une des caractéristiques principales des pays de *civil law* (elles sont même interdites en France).

Dans les deux types de système, les juges ne sont pas parfaitement libres mais conservent tout de même des marges de manœuvre. Le code civil et la jurisprudence sont des paramètres que le juge de droit civil ne peut pas écarter en raison des contraintes qui pèsent sur sa décision. De même, les précédents et les règles de droit écrit ne peuvent pas être balayés par les juges de *common law*. Ces contraintes sont relatives du point de vue du droit dans la mesure où les juges peuvent interpréter les paramètres qu'ils doivent prendre en compte : elles agissent au niveau du codage et non dans la prise de décision. Le précédent ne lie que lorsque les cas sont identiques, l'appréciation de cette caractéristique étant laissée aux juges. La détermination des principes est, elle aussi, plus rhétorique qu'objective. De même, les formulations du code ne se sont pas révélées extrêmement contraignantes : la signification de ce qu'est une « cause », un « bon père de famille » ou une « faute » reste largement ouverte²³⁹². Le code n'est d'ailleurs qu'un ensemble de principes dont l'application concrète suppose l'intervention du juge. Cette représentation limite le clivage entre les deux systèmes à une opposition de styles de justification.

L'analyse économique du droit est donc parfaitement valable dans les deux systèmes, au moins concernant la part « d'arbitraire » du juge. Pour déterminer si un système est « objectivement » plus réceptif à l'analyse économique du droit, il faudrait pouvoir comparer le degré de liberté des juges dans chacune des architectures juridiques. La tâche est délicate, voire même impossible et

²³⁹² Ces points sont détaillés dans le chapitre 2 du titre 2 de la partie 1 de cette thèse.

ne se réduit d'ailleurs pas à la seule analyse de l'architecture du système juridique mais à des considérations largement externes (*infra*).

Finalement il s'avère que ce sera plus la perception de cette liberté (descriptive et normative²³⁹³) que sa réalité qui aura un impact sur la perception de la pertinence des résultats de l'analyse économique du droit et, en la matière, l'architecture juridique n'a qu'un rôle secondaire. Ainsi, et quel que soit le système, plus le juge sera supposé soumis au législateur, moins l'analyse économique lui sera utile lors de la prise de décision puisque celle-ci ne pourra intervenir qu'en ce qui concerne le résidu des options envisageables qui n'a pas été limité par le législateur. De même, plus un juge se situera en bas de la pyramide judiciaire, plus sa décision sera contrainte par la jurisprudence des juridictions supérieures²³⁹⁴. Signalons enfin que plus l'activisme des juges sera reconnu et accepté, plus l'analyse économique du droit aura un impact (et réciproquement puisque l'analyse économique incite à l'activisme). La critique posnérienne de la conception hayekienne du rôle du juge dans un système de *common law* est symptomatique de cela²³⁹⁵.

Les forces de résistance à l'analyse économique du droit ne peuvent donc pas simplement s'expliquer par la structure de l'architecture juridique et rien ne semble empêcher l'utilisation de ce type d'analyse dans les pays où le droit civil est codifié.

2. Le code de justification relatif la prise de décision et l'impact de l'analyse économique du droit

Finalement, la différence fondamentale entre les deux systèmes juridiques se trouve dans le code de justification des solutions juridiques²³⁹⁶ et donc dans la population faisant évoluer ce code de justification. Cette différence est à l'origine, nous semble-t-il, d'une différenciation dans la perception des résultats de l'analyse économique du droit. Ceci ne signifie pas que l'analyse économique du droit ne pourra pas servir à la détermination de la solution mais que son intérêt sera limité quant à la justification de cette dernière. L'analyse économique pourra alors sembler *pratiquement* plus pertinente dans un système plutôt que dans l'autre.

²³⁹³ Le juge est libre, ou le juge doit être libre dans sa prise de décision.

²³⁹⁴ Mattei considère même que les juridictions inférieures dans les pays de *common law* sont plus contraintes de ce point de vue que les juridictions inférieures dans les pays de *civil law* (Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, pp 84-85).

²³⁹⁵ Nous proposerons dans notre prochain paragraphe une analyse plus développée des caractéristiques d'un système juridique (au sens large) favorisant l'importation et le développement de l'analyse économique du droit.

²³⁹⁶ Toute architecture juridique ne vise-t-elle d'ailleurs pas uniquement les moyens de justification des actions ou des décisions ?

Lorsque, en France, le juge de droit civil rend une décision, celle-ci doit être justifiée à partir du code civil ; il s'agit d'une condition implicite de son pouvoir. Il s'efforcera d'ailleurs de donner une tonalité logique à sa décision et la structure qu'il retiendra sera généralement celle du *modus ponens*. Aucune discussion des qualifications juridiques des faits n'est réalisée dans l'arrêt et rien n'indique comment le juge y parvient. Les considérations « politiques » ne sont pas non plus mises en évidence et sont même évacuées car elles sont considérées comme extérieures aux problèmes juridiques. Tout se passe donc « comme si » la solution du juge était évidente et strictement technique.

Dès lors que le problème de la qualification juridique est nié et que les options envisageables ne sont pas discutées dans les motifs (même en cas de revirement de jurisprudence), le rôle de l'analyse économique du droit pour l'aide à la décision ou la justification de celle-ci est réduit puisque cette analyse vise justement à faciliter le choix entre plusieurs options. L'analyse économique n'est alors pas perçue comme une analyse juridique ; elle lui est étrangère et, comme telle, sera « rejetée » par les praticiens sauf dans les domaines où le droit (la population représentant le droit) lui reconnaît une légitimité (comme en droit de la concurrence par exemple).

Tout se passe comme si l'idée de bonne justice signifiait l'idée d'absence de « jugement » et donc d'arbitrages ou au moins l'affichage d'une telle situation. L'interprétation ne pouvant pas être neutre, il est préférable de la masquer car « le droit n'est pas de la politique » pour une partie des praticiens du système civiliste français.

Cette conception s'étend d'ailleurs au-delà du domaine civiliste en France. Par exemple, les décisions du Conseil d'Etat ou du Tribunal des Conflits sont courtes, techniques et tentent de passer pour strictement « logiques ». Les conclusions des commissaires du gouvernement sont par contre beaucoup plus longues et les justifications extra-juridiques (ou considérées par les juristes de tradition civiliste comme extra-juridiques) apparaissent directement²³⁹⁷. De même, les décisions du Conseil constitutionnel n'expliquent pas complètement les motifs des arbitrages réalisés (voire même les différentes options possibles). La décision du 16 juillet 1971²³⁹⁸, par

²³⁹⁷ Certains arrêts sont considérés comme de Grands Arrêts uniquement en raison de leurs conclusions (le cas de l'arrêt Terrier est classique (Conseil d'Etat, Terrier, 6 février 1903, Recueil p 94, conclusion Romieu). Plus généralement ce sont les conclusions qui sont souvent mises en avant. Il suffit de penser aux premiers grands arrêts relatifs au service public, Blanco (Tribunal des Conflits, Blanco, 8 février 1973, Recueil, 1^{er} supplément, p 61, conclusion David), Terrier (op cit), ou encore Thérond (Conseil d'Etat, Thérond, 4 mars 1910, Recueil p 193, conclusion Pichat).

²³⁹⁸ Conseil Constitutionnel, 16 juillet 1971, Liberté d'Association, 44DC, Journal Officiel du 18 juillet 1971, p 7114. Il serait possible d'étendre cette réflexion à l'ensemble des décisions rendues, même si la tendance actuelle est à une plus grande

exemple, n'explique pas le choix de l'extension du bloc de constitutionnalité, elle la pose comme une évidence alors que si la décision a été remarquée, c'est bien qu'un doute pouvait exister en la matière.

Les décisions rendues par les juridictions des pays de *common law* sont très différentes ; beaucoup plus longues, elles explicitent davantage les raisons des arbitrages réalisés. La décision est réellement perçue comme une démarche et presque tous les arguments sont mobilisables, de l'économie à la philosophie en passant par la morale ou l'opinion publique²³⁹⁹ (ce qui explique que la question de ce qui fait le droit passe par ce qu'il produit). Le problème n'est pas de trancher techniquement mais de trouver une solution acceptable. Il est remarquable qu'une partie de la décision de la Cour Suprême s'intitule « *opinion of the court* ». De même, la possibilité des opinions dissidentes n'est pas perçue comme discréditant la solution retenue mais comme signalant la possibilité d'une solution alternative²⁴⁰⁰ ; c'est le sens de la fonction des juges et le sens du droit qui sont différents.

Dès lors que le problème est de trouver une solution acceptable (qui doit aussi tenir compte des jurisprudences antérieures), tous les arguments sont mobilisables, notamment les arguments économiques. Ces arguments peuvent aussi être utilisés pour justifier de l'identité ou de la différence de la situation soumise par rapport à un cas antérieur. L'analyse économique du droit apparaît dès lors plus *pratique* car c'est un argument auquel pourront être sensibles les juges ou les jurys²⁴⁰¹. Nous savons que, pour Posner, l'analyse économique du droit est un moyen permettant aux juges d'atteindre une solution acceptable et justifiable plus facilement qu'une analyse fondée sur la philosophie morale et autres arguments non empiriques²⁴⁰². Elle devient alors une stratégie rhétorique en se « juridicisant » (c'est son acceptation dans le code juridique qui la rend manipulable, *infra*).

explicitation des décisions. Les points centraux des décisions font rarement l'objet d'une discussion dans le corps de la décision.

²³⁹⁹ Même s'il ne s'agit pas d'une matière civile, voir par exemple Cour Suprême des Etats-Unis, *Kennedy v. Louisiana*, op cit, p 15 (pour l'utilisation d'un argument tiré de l'opinion publique), pp 22-23 (pour un argument statistique), p 35 (pour un argument économique). La Cour cite un nombre important de jurisprudences qui ne semblent pas très contraignantes.

²⁴⁰⁰ Sur le rôle de ces opinions dissidentes (en droit et plus largement dans les décisions) voir, Cass Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, op cit. Une telle position n'est pas partagée par Vedel qui considère que : « *Il y aurait incontestablement en France un affaiblissement de la décision par la publication de l'opinion dissidente* » (Georges Vedel, Neuf Ans au Conseil constitutionnel, 1989, *Le Débat*, n°55, pp 49-56)

²⁴⁰¹ Et de plus en plus puisque l'analyse économique du droit entre dans la formation des juristes.

²⁴⁰² Par exemple, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit. Plus généralement, voir chapitre 2, titre 2, partie 1.

Si la différence entre les deux systèmes se fait bien sur le code de justification, elle n'empêche pas logiquement l'utilisation de l'analyse économique du droit pour identifier la solution qu'il s'agira ensuite de justifier. Ceci suppose un découplage entre le processus de recherche de solution(s) et le processus de justification de la (ou des) solution(s). Du point de vue de « l'utilité » de l'analyse économique du droit, cela signifie qu'elle peut s'intéresser à ces deux niveaux : elle peut aider à la recherche d'une solution ou à la justification d'une solution. La justification de l'utilisation de l'analyse économique du droit pour ces différents niveaux sera cependant différente : nous mettons en avant soit son intérêt heuristique, soit son intérêt rhétorique. La valeur des informations fournies par l'analyse économique du droit ne sera donc pas la même du point de vue épistémologique.

Holmes note sur ce point que : « *But in fact lawyers, like other men, frequently see well enough how they ought to decide on a given state of facts without being very clear as to the ratio decidendi* »²⁴⁰³. Nous partageons cette vision dans la mesure où, en principe, nous disposons d'une solution intuitive que nous cherchons ensuite à rationaliser²⁴⁰⁴ (ce qui suppose que le code juridique est davantage un code de justification qu'un code de recherche de solution). Si nous considérons que plusieurs solutions sont envisageables, il s'agira de savoir si elles sont rationalisables dans le code juridique. Si tel est le cas, le problème du choix reste présent et l'analyse économique du droit peut être utile en éclairant la problématique sous un angle nouveau. *C'est par le dialogue entre l'intuition et les systèmes de codage du monde que la solution satisfaisante pourra émerger*²⁴⁰⁵ ou se transformer. Si certaines solutions ne sont pas rationalisables dans le code juridique (ce cas sera plus rare), cette contrainte systémique aura tendance à primer sauf en cas d'inefficience « flagrante » de la solution retenue.

Opposer *civil law* et *common law* pour déterminer la valeur des résultats de l'analyse économique du droit semble donc profondément insatisfaisant et méconnaît la situation concrète du fonctionnement des deux architectures. Pourtant, certaines caractéristiques des systèmes juridiques favorisent l'acceptation des résultats de l'analyse économique du droit et leur utilisation dans le processus de décision.

²⁴⁰³ Oliver Holmes, Codes, and the Arrangement of the Law, op cit, p 1

²⁴⁰⁴ L'analyse économique sert d'ailleurs à « éduquer » cette rationalité.

²⁴⁰⁵ Ce point sera développé plus en profondeur dans le second titre de cette partie.

§2. Les facteurs favorisant l'acceptation des résultats de l'analyse économique du droit

« *Since the economics side of law and economics is the same all over the world, it is on the legal side that we may find resistance to the worldwide expansion of this scholarship* »²⁴⁰⁶

Hugo Mattei

L'analyse économique du droit peut s'appliquer théoriquement à n'importe quel objet appelé droit. Dès lors qu'une conceptualisation de l'objet a déjà été réalisée, l'analyse économique du droit ne peut espérer s'introduire et prospérer que si la vision du droit et du raisonnement juridique qu'elle véhicule est susceptible d'entraîner une certaine adhésion de la part des praticiens du droit « installés » (qu'il s'agit de convaincre). *La validité de l'analyse économique du droit s'étudie donc avant tout à partir de la conceptualisation même de l'objet droit* (au sens large) et l'opposition entre *civil law* et *common law* est de ce point de vue trop réductrice.

Il est évident qu'il existe une boucle entre l'objet et la méthode. Si l'objet définit la méthode acceptable, la méthode n'est pas sans influence sur la perception de l'objet et c'est ce dialogue sans fin qui permet de faire avancer notre « connaissance »²⁴⁰⁷. Si nous partons de la conceptualisation de l'objet, c'est que l'économie arrive dans un terrain déjà envahi et que, naturellement, l'opposition des conceptualisations de l'objet jouera un rôle fondamental dans l'acceptabilité des résultats de l'analyse économique.

Quatre grandes catégories de paramètres nous semblent pouvoir aider à l'évaluation de la validité *a priori* du raisonnement économique en droit, outre la conception de l'Homme qui n'est pas un paramètre « juridique » et relève, une nouvelle fois de la croyance (relativement partagée dans la plupart des pays « riches »).

La première catégorie est relative à la place et à la fonction du droit (A). De façon assez triviale si le système a une approche jusnaturaliste du droit, il est peu probable que l'analyse économique puisse se développer (sauf peut-être s'il s'agit d'un jusnaturalisme économique). La deuxième touche la perception de la fonction du juge (B). Nous savons par exemple que si le juge n'a pas à réaliser de choix, l'analyse économique n'a que peu d'intérêt pour lui. Nous développerons davantage cette idée pour dépasser cette conception schématique. La troisième catégorie est liée à

²⁴⁰⁶ Hugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, op cit, p 78

²⁴⁰⁷ De ce point de vue nous adoptons une position schopenhauerienne.

la conceptualisation du raisonnement juridique (C). Si le raisonnement juridique n'admet pas l'importation de conceptions externes au droit, l'analyse économique du droit ne pourra pas se développer. La dernière catégorie touche l'écologie du système (D). Le droit et le sens du droit sont produits par une population et les caractéristiques de cette population vont avoir une influence sur les autres catégories que nous avons identifiées. Etant plus profonde, nous la mentionnons en dernier. Elle pourrait cependant expliquer presque l'ensemble des précédentes catégories. Elle reste cependant trop obscure pour bien saisir la validité pratique de l'analyse économique du droit dans un système particulier (si le produit et le producteur ont une influence, le produit est plus immédiatement identifiable).

Finalement lorsque l'objet droit se rapproche de la vision économique du droit, l'analyse économique a plus de chance de prospérer²⁴⁰⁸.

Ces paramètres relatifs au système juridique global peuvent aussi servir à une appréciation locale de la validité du raisonnement économique. Ces critères vont se superposer aux critères identifiés dans la section précédente.

Nous ne pensons pas qu'il soit parfaitement possible d'envisager une agrégation des différents paramètres même si, idéalement, ce serait à partir de cette agrégation qu'il serait possible de construire une « hiérarchisation » des systèmes juridiques, du point de vue de l'acceptabilité *a priori* de la méthode économique en droit. L'agrégation intuitive ne semble donc pas parfaitement logique puisque les pondérations varient en fonction des combinaisons de paramètres. C'est à notre avis à ce niveau que l'idée de jugement apparaît et que l'économie est dépassée.

A. les paramètres relatifs à la place et à la fonction du droit

L'épanouissement de l'analyse économique du droit va de paire avec la perception de la validité des informations qu'elle peut fournir pour la compréhension du système juridique. Cet épanouissement nous semble corrélé à deux paramètres. Le premier touche le niveau de désacralisation du droit (1). Le second tient compte de l'articulation entre les ordres sociaux (2).

Ces deux paramètres sont liés dans la mesure où la désacralisation du droit signifie que le droit prend ses distances avec les autres ordres sociaux et ne saurait s'y réduire. Leur dissociation permet cependant de mieux comprendre que le droit ne s'inscrit pas dans un champ normatif vierge et qu'il est même pétri de valeurs externes.

²⁴⁰⁸ Un parallèle peut être établi entre notre chapitre 2 du titre 2 de la partie 1 et les considérations que nous développerons ici.

Ces paramètres ont une double fonction. Ils permettent de déterminer un degré d'acceptabilité de l'analyse économique du droit (et il s'agit spécifiquement de l'objet de cette division). Ils conduisent aussi à réinscrire l'analyse économique du droit dans un mouvement historique. Dans la mesure où la désacralisation du droit et l'identification de la place du droit dans les systèmes sociaux est relativement récente, l'analyse économique du droit pourrait apparaître comme historiquement située. Si cette dimension n'est pas à négliger, il est fort peu probable qu'elle puisse constituer une explication totale du phénomène.

1. le niveau de désacralisation du droit

La désacralisation du droit mobilise deux mécanismes qui ne sont que le reflet de l'un sur l'autre : l'instrumentalisation du droit (a) et sa perte de normativité non prudentielle (b). Nous retrouvons ici deux des caractéristiques du droit découlant du système de représentation du monde proposé par l'analyse économique.

a. Plus le droit est perçu comme un moyen vers une fin, plus l'analyse économique du droit pourra sembler pertinente.

1. L'analyse économique du droit est incompatible avec toute conception radicale des droits telle qu'elle pourrait résulter d'un jusnaturalisme moderne²⁴⁰⁹. Elle ne reconnaît pas les droits fondamentaux au sens profond du terme et leur garantie ne peut résulter que d'arbitrages²⁴¹⁰. La peine de mort, le non respect des droits de l'Homme, ou le travail des enfants sont des options qui ne sont pas rejetées *a priori* par une analyse économique stricte.

Si le droit est considéré comme une fin en soi, il est assez naturel que l'analyse économique du droit soit rejetée comme non pertinente (à la fois sous l'angle normatif et descriptif²⁴¹¹). Présenter

²⁴⁰⁹ Par exemple Louis Kaplow et Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, op cit; mais aussi Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, op cit; Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, op cit.

²⁴¹⁰ Voir, notre chapitre 1, titre 2, Partie 1. Elle peut reconnaître l'idée de droit fondamental comme vocable signifiant que la procédure de modification de ces droits ou les justifications permettant d'y déroger sont plus coûteuses que les « droits » classiques. Rappelons à ce sujet l'interprétation économique des circonstances exceptionnelles.

²⁴¹¹ Même s'il est certainement possible de post-rationaliser le système. Par exemple, si le droit est considéré comme une fin en soi, c'est que ceci a un but pratique (par exemple assurer une plus grande autorité du droit). Néanmoins la logique économique est toujours pertinente tant du point de vue normatif que du point de vue descriptif. Cette approche ne vise cependant pas la compréhension du système du point de vue des acteurs de celui-ci et la valeur de l'analyse économique est « postulée » et non « démontrée ». Elle est imposée de l'extérieur. Rien n'empêche donc d'utiliser l'analyse économique dans une telle situation mais les résultats n'apparaîtront pas nécessairement pertinents.

les conséquences des règles juridiques ou avancer l'idée d'efficacité est totalement étranger à ce type de système et à sa raison d'être. Supposons que la peine de mort soit efficace du point de vue de l'analyse économique et qu'elle soit abolie dans un Etat pour des raisons « qui dépassent le calcul » (morales, religieuses, etc...). Cette dimension d'efficacité est incompatible avec le système de pensée qui a conduit à la suppression de la peine de mort. L'analyse économique sera alors réinterprétée dans le système de pensée « juridique » et sera rejetée²⁴¹² comme inhumaine, cruelle, perverse, etc... par les acteurs du système qui adhèrent à la logique de celui-ci. Pour qu'elle puisse avoir un impact, il faut supposer que les fondements du système restent « ouverts ». L'analyse économique ne sera considérée comme pertinente que si nous acceptons la vision du droit que sous-tend l'analyse économique. Le même type de raisonnement pourrait être appliqué concernant la torture.

Refuser d'envisager une option en raison de son contenu, c'est considérer qu'il n'existe pas de choix en la matière et donc rejeter la logique même de l'analyse économique pour laquelle les circonstances priment sur les principes. Moins le contenu a un sens instrumental, moins l'analyse économique du droit apparaîtra pertinente pour l'analyser.

Dès lors que nous nous intéressons au « pourquoi » du droit, le droit est insuffisant et l'analyse économique du droit (à l'instar des autres sciences sociales) peut retrouver une place : « *a defense of law in purely legal terms would be circular, and therefore we need to look outside the law for a defense* »²⁴¹³. Plus un système s'intéresse au sens de son droit, plus ce système sera enclin à intégrer certains résultats de l'analyse économique du droit.

2. Plus nous considérons que le droit n'est qu'un levier d'action politique et un outil d'efficacité, plus l'analyse économique aura un intérêt. Cette approche transcende bien évidemment le clivage entre *common law* et *civil law*. Dans un tel cas, le droit sera perçu uniquement comme un moyen dont le contenu n'est pas imposé de l'extérieur mais déterminé en fonction des circonstances. Cette caractéristique suppose de disposer ensuite de moyens pour réaliser des choix et l'analyse économique est une prétendante pertinente.

Si le droit n'est qu'un levier d'action politique, les méta-normes peuvent être prises en fonction de la logique économique. Si le contenu du droit est construit et non donné, il faudra limiter les

²⁴¹² L'analyse économique ne sera pas acceptée comme un point de vue « valable ». Reconnaître qu'il ne s'agit que d'un point de vue nous semble pouvoir permettre de dépasser des oppositions (*infra*, titre 2).

²⁴¹³ Cass Sunstein, *The Autonomy of Law in Law and Economics*, op cit, p 93

possibilités d'actions du législateur afin qu'il ne puisse pas abuser de son pouvoir. Nous retrouvons alors la logique du pire et de la séparation des pouvoirs.

La montée en puissance de la logique gestionnaire mais aussi de la foi dans la rationalité (et dans la possibilité de « construire » un système juridique efficient) peuvent expliquer l'attrait de l'analyse économique du droit pour les sociétés occidentales modernes. Ces caractéristiques « culturelles » ne font que renforcer l'intérêt de l'analyse économique du droit. A travers son code, elle semble pouvoir aider à prendre une décision « rationnelle ». Sans un recul sur ce code, le risque est de surestimer les prédictions et les prescriptions de l'analyse économique.

b. Moins le droit est envisagé comme impératif catégorique, plus l'analyse économique du droit disposera d'un pouvoir d'attraction.

Si le droit est perçu de façon strictement instrumentale, il ne peut pas être un impératif catégorique (car l'impératif catégorique suppose une limitation substantielle qui va au-delà de la logique des conséquences économiques d'un phénomène juridique) et il devra mettre en place des moyens permettant d'assurer son respect²⁴¹⁴. Comme l'écrivait Ihering, « *la balance sans le glaive est le droit dans son impuissance* »²⁴¹⁵.

Plus l'importance de la sanction est considérée comme fondamentale pour le respect du droit, plus l'analyse économique du droit apparaîtra pertinente. La théorie du droit de Austin est ainsi mise en avant par des auteurs comme Cooter²⁴¹⁶.

Bien évidemment cette position renvoie à l'image de la rationalité individuelle. Si nous considérons qu'un individu peut toujours faire le pire, l'analyse économique du droit sera considérée comme plus descriptive que si nous sommes attachés à l'idée de la bonté naturelle de l'Homme (la validité épistémologique est alors tautologique). L'impératif catégorique n'est pertinent que si les individus peuvent se sentir liés par lui, donc si la « force morale » est

²⁴¹⁴ Cette opposition est reprise sous une autre forme par Garoupa et Ulen. Pour ces auteurs, c'est l'opposition entre kantisme et l'utilitarisme qui pourrait avoir un rôle (Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, pp 1607-1608). Cette opposition philosophique nous semble trop marquée, même si nous avons utilisé des termes kantien. L'utilitarisme n'est pas le seul conséquentialisme et le kantisme n'est pas le seul à raisonner en termes d'impératifs moraux.

²⁴¹⁵ Rudolf von Ihering, *Le Combat pour le Droit*, 1875, A Durand et Pedone Lauriel, Paris, 56 pages (hors introduction), p 2. Ihering critique aussi l'excès inverse puisqu'il ne considère pas que le droit soit une pure force.

²⁴¹⁶ Qui considère que le droit est une obligation appuyée par une sanction.

puissante²⁴¹⁷. Si tel n'est pas le cas, le droit n'est qu'une proposition, un système de prix pour certaines activités. Une nouvelle fois, nous sommes renvoyés à la question de la nature de l'Homme, nature qui n'est malheureusement pas démontrable et relève de la croyance. L'analyse économique pourrait se situer parmi les conceptions pessimistes de celle-ci.

La porte est désormais ouverte aux considérations sociologiques (micro et macro) afin de disposer d'informations mobilisables pour l'action concrète. La force des ordres sociaux ne peut donc pas être négligée.

Nous touchons aussi ici la question de la normativité. Moins le droit sera perçu comme normatif *per se*, plus l'analyse économique du droit apparaîtra pertinente. Cette question renvoie naturellement à celle du lien entre le droit et les ordres sociaux.

2. L'articulation entre les ordres sociaux

La désacralisation du droit pose la question du lien entre le droit et les ordres sociaux. Envisager le droit comme une autorité (et donc comme catégorique), c'est supposer que le droit est lié aux ordres sociaux et qu'il ne peut totalement s'en défaire.

Moins le droit est confondu avec la morale, plus il sera sensible au raisonnement économique. Ceci est valable au niveau macro-juridique (le système) ou au niveau micro-juridique (un droit spécifique, voire une règle précise). Par exemple, le droit fiscal des entreprises n'est pas conçu comme un droit dans le domaine de la morale. L'angle économique est alors plus aisé à accepter qu'en ce qui concerne, par exemple, les relations entre les membres d'une même famille. Si le droit se limite à assurer le respect de la tradition, l'analyse économique du droit n'est pas pertinente car le législateur ou le juge ne peut pas définir, seul, le contenu du droit.

Plus largement, *moins le droit se différenciera des autres ordres sociaux dans son contenu, moins l'analyse économique du droit sera perçue comme utile pour la prise de décision* (sauf si les ordres sociaux non juridiques sont trop faibles pour maintenir leur équilibre²⁴¹⁸). Nous retrouvons ici la logique de l'instrumentalisation de cet ordre normatif.

²⁴¹⁷ Même si en conceptualisant ainsi nous ne faisons que repousser le problème puisqu'il s'agira ensuite de s'intéresser à ce qui constitue cette « force morale ». Or, nous connaissons déjà la solution de Kelsen, la force morale dépend d'une sanction.

²⁴¹⁸ Mais alors la question de ce qui fait un ordre social se pose. Comme qualifier d'ordre social un système qui ne peut pas assurer sa propre survie ou la survie de l'une au moins de ses composantes ? Si le droit reprend le contenu des ordres sociaux non juridiques, alors les normes reprises ne pourront plus être parfaitement qualifiées de normes sociales dans la mesure où elles ne peuvent survivre que grâce au droit. Logiquement, la cannibalisation nécessaire des ordres sociaux par le droit renforce la demande de cannibalisation et risque, *in fine*, de détruire les ordres sociaux.

Plus la répartition des fonctions ou des positions entre les ordres sociaux est floue, moins l'analyse économique du droit pourra sembler pertinente et efficace *a priori*. En effet, la confusion des domaines suppose la difficulté à identifier les conséquences des changements de règles dans un des systèmes sur l'ensemble des autres systèmes (si nous supposons que la force des ordres sociaux n'est pas nulle). La confusion entre les ordres sociaux suppose aussi de déterminer la « légitimité » de chacun de ces ordres pour la régulation d'une activité, et donc une méta-norme de justification qui dépasse la logique de justification dominante dans chacun des ordres sociaux (et donc l'économie, si nous adhérons à l'analyse économique du droit). Dans la mesure où le droit peut chercher à interdire les moyens de régulation sociale de certaines activités (interdiction de la justice privée par exemple), la question de la « légitimité » de son action pourra se poser par rapport à la logique des autres ordres sociaux et la simple idée d'efficacité ne suffira pas. Si le droit cherche à casser le système des castes en Inde, cela suppose qu'il considère que ce système n'est pas adapté au regard des impératifs que cherche à promouvoir le droit (l'égalité entre les citoyens par exemple). Le maintien officieux de ce système traduit économiquement un intérêt de celui-ci, au moins pour une partie de la population, par exemple car il facilite l'idée d'appartenance à une communauté²⁴¹⁹. Cet impératif ne pourra pas être négligé si le droit souhaite réussir dans son entreprise. Les dimensions « éducative » du droit et « pédagogique » de la justification du droit ne pourront pas être écartées (par exemple car elles faciliteront la réception du droit au sein des partisans de l'ordre social). Cela suppose donc que les préférences des individus varient aussi en fonction du droit, postulat largement écarté par l'analyse économique traditionnelle²⁴²⁰.

Bien spécifier la place et la fonction de chacun des ordres normatifs est un préliminaire fondamental à l'identification de la valeur des résultats de l'analyse économique du droit. Si nous considérons qu'il ne s'agit que d'une analyse purement interne au système juridique, elle pourra éclairer son fonctionnement mais ne permettra pas de prendre des décisions sur ses seuls résultats. Si nous souhaitons que l'analyse économique nous fournisse des résultats plus larges qu'une vision strictement interne, la place du droit et des ordres sociaux doit être bien définie et l'analyse économique du droit se dépasser pour atteindre une analyse économique des ensembles normatifs.

²⁴¹⁹ Et l'égalité entre les individus ne renforce-t-elle pas la création d'identités spécifiques ?

²⁴²⁰ La portée rhétorique de l'idée d'efficacité n'est pas suffisamment mise en valeur tout en restant implicite à la plupart des raisonnements. L'efficacité ou la rationalité ont des valeurs symboliques puissantes qui visent à faciliter l'adhésion aux normes qui sont justifiées par de tels critères. Ce point sera développé plus en profondeur dans le second titre de cette partie.

Finalement, la validité de l'analyse économique du droit dépend d'un « sens » du droit qu'elle contribue en partie à construire – et qui est toujours en construction. Cette idée de « sens » du droit se retrouve aussi dans les paramètres relatifs à la fonction du juge et au raisonnement juridique.

B. Les paramètres relatifs à la fonction du juge

Puisque l'analyse économique du droit s'intéresse principalement au problème de la décision judiciaire, la conception de la fonction du juge à l'intérieur d'un système juridique aura un impact sur la validité perçue des résultats de l'analyse économique du droit pour ce système. Celle-ci ne pourra fonctionner que si le juge dispose d'une marge de liberté (1), sans quoi le problème du choix et de la décision disparaît. Par ailleurs, ses résultats devront être qualifiés en fonction de l'articulation entre le juge et le législateur (2), le rapport existant au sein de ce couple étant déterminant pour préciser les limites descriptives et normatives des résultats de cette analyse.

1. La liberté du juge, élément déterminant pour une validité a priori de l'analyse économique du droit

Plus le juge dispose de libertés dans sa prise de décision, plus l'analyse économique du droit pourra avoir un intérêt. Ce résultat est trivial puisque plus le juge dispose de libertés, plus le problème du choix pourra se poser. Ce point a déjà été exposé lors de la comparaison entre *common law* et *civil law*. Le problème de la liberté du juge est lié à celui du « sens » du droit.

Le problème n'est pas celui de la liberté « réelle » du juge mais de la liberté perçue (qui allie à la fois une dimension descriptive et une dimension normative). Plus le juge semble être ou devoir être une entité « libre », plus l'analyse économique du droit aura tendance à être pertinente pour les praticiens du système juridique en question. Réciproquement, plus le juge est censé être un technicien et rechercher *la* bonne solution juridique, moins l'analyse économique sera pertinente comme outil de justification de la solution (ce qui ne signifie pas qu'elle n'est pas potentiellement pertinente pour la découverte de la solution). Il n'est donc pas surprenant que l'analyse économique du droit naisse du programme réaliste et dans les pays marqués par le réalisme²⁴²¹, même si notre critère va au-delà du lien avec le réalisme.

²⁴²¹ L'influence du réalisme constitue une des raisons principales de l'acceptation de la logique de l'analyse économique du droit pour Garoupa et Ulen (Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation : Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, pp 1608-1611).

D'une part, l'analyse économique du droit peut aider à la formulation de normes visant à réduire cette liberté lorsqu'elle apparaît trop importante. Ainsi, le double degré de juridiction, les règles de sélection et d'évaluation des juges, peuvent aider à réduire cette liberté au sens de l'arbitraire du juge²⁴²². Ceci suppose qu'en l'absence de telles règles, le juge a la possibilité de faire ce qu'il souhaite, et donc de faire prévaloir ses préférences. Cette hypothèse est assez vraisemblable. La codification est justement apparue pour réduire le pouvoir des parlements. Économiquement, un certain degré de liberté du juge sera toujours efficient puisque la règle ne peut prévoir ses cas d'application et que pour tout problème juridique les circonstances ne sont pas neutres. L'analyse économique est donc pertinente pour tout système juridique.

D'autre part, l'articulation entre le procédural et le paramétrique est délicate, l'analyse économique du droit peut se poser en théorie normative et descriptive du fonctionnement des juges puisque tout problème de choix peut être retraduit dans le langage de l'économie. En présence de marges de liberté offertes par le droit, le juge devra ou aura tendance à sélectionner une solution efficiente ou dont on peut rationaliser l'efficacité (sans qu'il soit possible de la « prouver »²⁴²³). L'analyse économique permettra de redonner un « sens » à la décision lorsque rien ne semble la contraindre mais rien ne permettra d'affirmer que cette rationalisation traduit la rationalité du processus.

Plus un juge est libre et moins le système a produit des théories permettant d'explicitier l'unité du droit, plus l'analyse économique du droit semblera pertinente. L'essor de l'analyse économique du droit dans les pays de *common law* peut ainsi s'expliquer par le besoin d'une théorie globale du droit et de sa fonction (besoin inhérent à toute approche en termes de *common law*²⁴²⁴). Dans le cadre d'un système codifié, ce besoin est beaucoup moins important car le problème du fondement du droit ne se pose pas dans les mêmes termes en raison de l'articulation entre le juge et le législateur. Ce point touche aussi notre troisième série de critères, ceux relatifs au raisonnement juridique.

²⁴²² La question est d'ailleurs celle de la « légitimité » de cet arbitraire et de sa bonne utilisation.

²⁴²³ Ce qui réduit nécessairement le clivage entre descriptif et normatif.

²⁴²⁴ « One hallmark of the common law is that it is necessarily « undertheorized » in the sense that a common law judge's decision of a dispute is not an instantiation of an explicit theory for resolving disputes of the type before him or her » (Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, p 1588).

2. L'articulation entre le juge, le législateur : le problème de la fonction du juge

Le problème de la liberté du juge est lié à celui de l'articulation entre le juge et le législateur (et donc au sens du droit). Moins le législateur est présent et plus le juge prend de réelles décisions (et donc plus l'analyse économique du droit est pertinente pour le juge). Plus le législateur est présent et moins le juge semble disposer de degrés de liberté. La spécialisation des fonctions doit donc être prise en compte lorsqu'une analyse économique est menée et l'explicitation (descriptive ou normative) de cette spécialisation permet de qualifier les résultats de l'analyse économique pour un système considéré.

Du point de vue de Posner, nous savons que cette articulation a une influence puisqu'il considère que l'analyse économique du droit est pleinement valable normativement uniquement lorsque le cas n'est pas « réglé » par le législateur (donc l'analyse reste normativement valable lorsque c'est le couple législateur/juge qui est envisagé). Descriptivement, l'analyse peut toujours être valable pour rendre compte du « choix » du juge et de son manque de libertés²⁴²⁵, et pour aider le législateur à prendre une décision (même si le problème est alors de savoir si la solution dictée par l'économie est « démocratique »).

Ce problème touche nécessairement celui de l'activisme du juge. Plus une théorie (ou un système) considérera que le juge est, ou doit être, actif dans la formation du droit (et qu'il est, en partie, un législateur), plus l'analyse économique sera facilement acceptée par les partisans de cette théorie (ou pour les praticiens de ce système). L'opposition entre *common law* et *civil law* peut refaire surface sous cet angle. Envisager l'activisme, c'est ouvrir l'espace de libertés des solutions envisageables en autorisant le juge à s'affranchir d'une partie de la tutelle du législateur – lorsqu'elle existe – mais aussi considérer que le juge dispose effectivement des informations nécessaires pour prendre une « meilleure » décision que celle dictée par le législateur ou le système. L'opposition entre Hayek et Posner sur ce point traduit l'opposition de conceptions économiques, si bien que l'analyse économique peut justifier l'activisme ou le non activisme du juge selon les éléments pris en compte dans l'analyse²⁴²⁶.

²⁴²⁵ L'inefficience des solutions pourra résulter des contraintes systémiques pesant sur le juge. Ce moyen permet d'ailleurs de postrationaliser l'ensemble des décisions prises : soit la solution est efficiente et l'analyse économique peut en rendre compte, soit elle n'est pas efficiente et l'analyse peut rationaliser cette inefficience en montrant qu'elle est efficiente relativement au système de contraintes dans lequel est le juge. Rien ne permet donc de « qualifier » les résultats de l'analyse économique du droit en la matière.

²⁴²⁶ Nous verrons dans notre prochain chapitre que la recherche d'une validité empirique dans le domaine est vouée à l'échec puisque le problème est lié à l'incertitude relative aux conséquences systémiques.

C. les paramètres relatifs au raisonnement juridique

La troisième grande série de paramètres est relative au raisonnement juridique. Deux sous critères peuvent entrer en ligne de compte : l'autonomie du raisonnement juridique (1) et l'acceptabilité de la logique du calcul et de l'efficacité (2). Ces deux critères sont liés : si le raisonnement juridique est parfaitement autonome, la logique du calcul et de l'efficacité ne sera acceptable que si elle est considérée comme intérieure ; il s'agira de juridiciser l'analyse économique du droit pour conserver l'autonomie du raisonnement. Si le raisonnement juridique n'est pas autonome, le problème sera de déterminer les rhétoriques acceptables et donc l'acceptabilité de la logique du calcul et de l'efficacité. Ce dernier point est lié à la question des normes sociales et du « sens » du droit puisque c'est ce « sens » qui aura un impact sur les rhétoriques valides.

Ces caractéristiques du système sont perçues ou construites par les théories des praticiens du système. L'analyse économique peut aider à la transformation de ces théories. Nous visons ici le problème de l'introduction de l'analyse dans un champ juridique déjà formé.

1. L'autonomie du raisonnement juridique

Nous examinerons ici le rôle pratique de l'analyse économique du droit pour les praticiens du droit en excluant volontairement son intérêt pour le législateur. *Plus un système percevra son raisonnement juridique comme autonome, moins l'analyse économique du droit semblera pertinente pour les praticiens de ce système.*

Si le raisonnement juridique est perçu comme autonome, c'est-à-dire que tout argument « juridique » doit avoir son fondement dans le droit et que le raisonnement juridique est « spécifique », l'analyse économique aura moins de chance de prospérer car les questions auxquelles elle tente de répondre sont en dehors du champ du droit. L'analyse économique est ainsi incompatible avec le langdellianisme qu'elle critique et avec l'idée d'une parfaite autonomie du droit²⁴²⁷. De même, si le raisonnement juridique est considéré comme spécifique, l'analyse économique ne pourra pas décrire ce processus, ni aider à la justification de la solution, même s'il est possible qu'elle en éclaire une partie ou qu'elle favorise une reconceptualisation de ce processus. Eventuellement, l'analyse économique pourra se juridiciser mais elle perdra alors sa dimension strictement économique car le droit découplera l'argument économique (devenu juridique) du raisonnement économique (*infra*).

²⁴²⁷ Voir par exemple Richard Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*, op cit.

Concevoir le raisonnement juridique comme parfaitement autonome, c'est considérer qu'il existe une et une seule bonne solution juridique. En effet, le droit ne peut pas contenir, par définition, deux solutions juridiquement valables car si nous supposons l'autonomie du droit et du raisonnement juridique, deux solutions ne peuvent pas être équivalentes. Nous retrouvons alors l'argument relatif au sens du droit et à la place des juges : le sens du droit détermine les arguments mobilisables et la fonction du juge. Si le droit est technique, le juge ne pourra mobiliser que des arguments juridiques techniques. Si le droit accepte la dimension politique dans la résolution des problèmes juridiques, la diversité des arguments mobilisables sera plus grande et ne se limitera d'ailleurs pas à l'économie.

Si le raisonnement juridique est « ouvert » et que le droit ne fournit que quelques informations ou quelques lignes directrices, le raisonnement économique en droit pourra prospérer plus facilement car il faudra rechercher, en dehors du droit, des arguments favorisant les solutions juridiques envisagées. Le problème ne sera plus celui de l'intérêt de l'analyse économique du droit mais l'acceptabilité de sa logique.

Le fait que l'analyse économique du droit ait eu tendance à prospérer dans les pays de *common law* à partir des années 1960 s'explique parfaitement : le raisonnement juridique dans de tels pays semble plus « ouvert » dans la mesure où tous les arguments sont mobilisables (si bien que la juridicité de l'argument est difficile à identifier). Dans un pays comme la France, le raisonnement juridique est présenté comme beaucoup plus technique et le sens du droit est souvent laissé de côté (car il n'est pas nécessaire à la détermination d'une solution). L'analyse économique vient alors combler un vide qui n'était pas ressenti contrairement aux Etats-Unis.

2. L'acceptabilité de la logique du calcul et de l'efficacité

Nous analyserons ici l'acceptabilité de la logique dans sa dimension rhétorique. Il est en effet parfaitement possible que l'analyse économique serve le juriste lors de sa prise de décision qu'il n'aura alors plus qu'à justifier juridiquement, éventuellement en présentant sa solution comme une solution technique. En essayant de mettre au jour une structure économique des différents droits, l'analyse économique vise à dépasser la logique de justification. Si la structure économique est reconnue, l'argument économique pourra sembler plus pertinent.

Plus un système accepte la logique du calcul dans le droit, plus ce système acceptera les arguments de l'analyse économique. Si le droit n'est pas un calcul, l'analyse économique ne peut saisir ce qu'est le droit. Si le droit est un calcul, l'analyse économique peut mettre en évidence les paramètres pris en compte.

La question du sens du droit a une importance cruciale dans l'identification des arguments mobilisables devant le juge et ce sens du droit dépasse la codification théorique de celui-ci (qui favorise la reconstruction du sens sans jamais pouvoir l'atteindre). C'est ce sens du droit qui peut expliquer la différence de réception entre la sociologie du droit et l'analyse économique du droit en France. La première semble moins « pervertir » le système (qui reconnaît l'idée d'arbitrage tout en rejetant l'idée d'unidimensionnalisation des paramètres à prendre en compte) et sa fonction (juger est un acte différent du calcul) que la seconde, même si la montée en puissance de la logique gestionnaire tend à rééquilibrer les importations²⁴²⁸.

Pour que la logique du calcul soit valable, le droit doit être perçu comme instrumental. Chacun des éléments que nous avons identifiés est donc en interaction avec les autres.

D. L'écologie du système et l'acceptabilité de l'analyse économique du droit

Nous avons présenté des paramètres susceptibles d'expliquer *a priori* la validité perçue de l'analyse économique du droit. Pour ce faire, nous avons supposé que le système juridique était relativement fixe et que l'écologie n'a pas d'influence sur l'environnement. Nous souhaitons ici mettre en évidence, brièvement, des caractéristiques écologiques ayant une influence sur la réception de l'analyse économique du droit. Nous n'insisterons pas ici sur des paramètres culturels²⁴²⁹ mais sur des éléments plus concrets.

Assez trivialement, *l'analyse économique du droit ne sera acceptée, dans un système juridique, que si les individus peuplant ce système ont intérêt à s'y intéresser*. Il serait possible de se pencher sur toutes les espèces peuplant l'écosystème juridique (et notamment le législateur, le juge, les universitaires ou encore les étudiants, pour ne retenir que les plus importants) afin de pouvoir déterminer la

²⁴²⁸ Ce point sera développé plus longuement dans le prochain titre de cette partie. Pour une première approche, voir par exemple Neil Duxbury, *Do Markets Degrade*, 1996, *Modern Law Review*, vol 59, pp 331-348

²⁴²⁹ Pour une approche de ce type, voir Kenneth Dau-Schmidt et Carmen Brun, *Lost in Translation, The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, op cit. Ces auteurs mettent en avant l'importance des droits fondamentaux en Allemagne en raison de l'expérience Nazi, l'influence du laissez-faire au Royaume Uni ou encore la vision peu individualiste du droit en France (en mentionnant Rousseau et l'accent mis sur le bien commun plus que l'intérêt individuel). D'autres auteurs vont dans le même sens en mentionnant, et en critiquant, par exemple, l'influence de l'idéologie politique (Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation : Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, pp 1579-1582)

pertinence de l'analyse économique du droit dans un système bien particulier. Il faudrait alors s'intéresser à la dynamique entre ces espèces et notamment au rôle du système éducatif²⁴³⁰.

Le législateur aura intérêt à se pencher sur l'analyse économique du droit uniquement si la vision technicienne et gestionnaire symbolisée par l'analyse économique est acceptable aux yeux des électeurs mais aussi des praticiens du droit. Le lien entre le monde juridique et le monde extra-juridique est ainsi réalisé (et il n'est pas faux de considérer que l'opinion publique a une influence sur les techniques juridiques employées) et une dynamique au sein du monde juridique se met en place.

De même, les juges sont soumis à des contraintes. Ils utiliseront l'analyse économique du droit uniquement si leurs « pairs » acceptent cette possibilité et si ce type de raisonnement n'est pas systématiquement sanctionné soit par les cours hiérarchiquement supérieures, soit par la doctrine, soit par l'opinion publique. Les méthodes de décision des juges auront, nécessairement, une influence sur le monde de l'enseignement du droit.

Le cas des universitaires est plus intéressant car ils vont former et influencer sur la formation des juges et des juristes mais aussi, bien souvent, des hommes politiques. Les universitaires, eux-mêmes, sont soumis à des contraintes. Si faire de l'analyse économique du droit n'est pas anticipé comme un moyen d'obtenir un poste dans une université (ou dans une autre institution juridique comme un cabinet d'avocat²⁴³¹) ou de progresser en notoriété, il est peu probable que l'analyse économique du droit soit étudiée par ces universitaires. Le fait que l'analyse économique du droit soit, en France, essentiellement le fait des économistes, est remarquable sur ce point.

Il s'agit alors d'identifier les paramètres susceptibles d'influencer l'obtention de postes et la progression en notoriété. Nous ne développerons pas ici le rôle de la reconnaissance des « pairs » même si ce critère est certainement fondamental. En effet, cette reconnaissance se matérialise dans la nomination ou dans l'évolution de carrière.

Plus les individus ayant un pouvoir de nomination se pensent comme les gardiens d'une orthodoxie juridique, moins l'analyse économique du droit (ou toute nouvelle approche des questions juridiques) aura de possibilités d'émerger et de se développer. Si le système est « tenu » par des individus qui sont réfractaires à des méthodes considérées comme non juridiques, les individus qui souhaitent entrer dans le système ne pourront pas y accéder en proposant des

²⁴³⁰ Sur ce point, voir Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation : Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, pp 1592-1603. Notre approche sera ici plus synthétique mais aussi plus large que celle proposée par les auteurs, notre problème n'étant pas exactement le même que le leur.

²⁴³¹ Nos propos sont d'ailleurs valables en dehors du monde strictement universitaire.

méthodes considérées comme trop exotiques, il n'y aura d'ailleurs même pas de demande en ce sens (et donc pas ou très peu d'offre). Si les individus détenant le pouvoir de nomination souhaitent favoriser la diversité dans les approches des problèmes juridiques, l'analyse économique pourra se développer.

Plusieurs paramètres peuvent influencer ces attitudes. Nous en retiendrons trois qui nous semblent principaux.

(a) La diversité des instances de nomination peut jouer un rôle dans la diversification des approches des problèmes juridiques et, logiquement, plus cette diversité sera importante, plus l'analyse économique du droit aura de chance de se développer. Cette diversité des instances ne doit pas simplement être quantitative mais aussi qualitative²⁴³². Elle implique donc une hétérogénéité dans la composition des instances.

(b) L'absence de stabilité des contraintes pesant sur ces institutions (ou l'absence de stabilité des méta-contraintes qui déterminent les contraintes) a aussi un impact. Plus les contraintes évoluent, plus certaines contraintes pourront favoriser l'analyse économique du droit et toute nouvelle approche des problèmes juridiques. Les instances de nomination ne doivent pas ainsi chercher à préserver le système mais à le faire évoluer pour que la diversité des approches soit acceptée. Les contraintes doivent donc dépendre d'éléments extérieurs au sous-système universitaire (demande des cabinets d'avocats, demande des étudiants, demande des politiques, demande de l'Université en cas de mise en concurrence, etc...).

(c) La diversité de la culture des instances de nomination est aussi importante. Nous retrouvons la question de l'hétérogénéité même si nous souhaitons apporter ici un autre élément. Plus les instances de nomination ne connaissent qu'une seule culture ou qu'un seul codage, moins ces instances seront susceptibles de saisir des codages alternatifs ou des cultures différentes, et plus il sera délicat d'apprécier la « valeur » de certaines candidatures.

Ces paramètres se retrouvent au niveau de l'évolution de carrière et de la notoriété. D'une part l'évolution de carrière est soumise à des instances de nomination, si bien que toute personne qui souhaite évoluer devra se conformer à certaines exigences posées par ces instances. Ces exigences pourront être différentes des exigences relatives au gain de notoriété même si les deux sont souvent corrélées. D'autre part, en supposant que l'évolution de carrière dépende, par exemple, des publications²⁴³³ (ce qui est souvent le cas), ces paramètres se retrouveront au niveau des

²⁴³² Elle ne doit cependant pas être radicale sans quoi la cohérence même du système pourrait être touchée.

²⁴³³ Garoupa et Ulen considèrent ainsi que l'orientation du système vers la maximisation du nombre de publications conduit les universitaires à innover. Dès lors que l'analyse économique du droit ouvre de nouvelles possibilités de publication,

instances ayant le pouvoir de décision concernant les publications. La diversité des décideurs et de leurs contraintes favorisera alors la diversité des travaux et donc, potentiellement, l'analyse économique du droit.

Les étudiants, lorsqu'ils ont une influence sur le contenu des enseignements, ont aussi une influence dans le développement de l'analyse économique du droit. Plus les demandes sont diverses, plus les enseignements seront divers et donc plus l'analyse économique du droit pourra émerger. Le niveau des étudiants a donc une certaine importance. S'ils arrivent avec des codes déjà bien établis, le droit ne pourra pas les ignorer et aura tendance à valoriser les approches pluridisciplinaires (à la fois pour attirer les étudiants et pour avoir un plus grand impact sur eux).

De même, plus un système universitaire sera concurrentiel, plus l'analyse économique du droit pourra s'y épanouir (car s'il existe une demande, il existera une offre). Pour qu'elle puisse se développer pleinement, il faudrait aussi que cette méthode d'analyse soit valorisée par les praticiens du monde juridique.

Notons qu'une dynamique existe entre l'ensemble de ces éléments. Si les universitaires veulent rendre compte du travail des juges ou du législateur, les techniques qu'ils emploient se retrouveront dans l'enseignement. Si les praticiens du monde du droit valorisent certaines pratiques, les étudiants les valoriseront et celles-ci pourront se retrouver au niveau de l'université. Au niveau national ou international, la concurrence entre universités aura une influence sur les pratiques dominantes et les paradigmes juridiques.

Autrement dit, *le sens du droit et la validité de l'analyse économique du droit dépendent de l'environnement dans lequel ils s'insèrent et peuvent se penser sous l'angle de la convention de sens au sein du système ou des espèces du système*. L'intérêt théorique ou pratique n'est pas une garantie de son insertion, même s'il la favorise très certainement. Une telle approche conduit naturellement à des considérations sociologiques et s'inspire de Kuhn (puisque nous nous intéressons aux acteurs qui font évoluer le paradigme).

Identifier le champ de validité a priori de l'analyse économique suppose une croyance dans sa validité et donc une correspondance dans les conceptualisations juridiques et économiques. L'analyse économique ne peut pas, *a priori*, déterminer sa portée pratique et la valeur des informations qu'elle fournit et c'est l'écart de son système de raisonnement avec le système de

P'acceptabilité de cette analyse sera plus facilement assurée (Nuno Garoupa et Thomas Ulen, *The Market for Legal Innovation : Law and Economics in Europe and in the United States*, op cit, p 1604).

raisonnement juridique qui déterminera sa validité perçue. Afin de dépasser la croyance et de scientificiser l'analyse, l'économie du droit essaye de rechercher dans les faits une validation empirique de son approche et de ses résultats.

Chapitre 2. Le problème de la validation empirique des résultats du code

*« More importantly, all usage of language is laden with interpretations or theories about our surroundings. As Goethe recognised, all that we imagine to be factual is already theory: what we 'know' of our surroundings is our interpretation of them »*²⁴³⁴

Friedrich Hayek

*« Any statement can be held true come what may, if we make drastic enough adjustments elsewhere in the system »*²⁴³⁵

Willard Quine

Afin que l'analyse économique du droit puisse dépasser le stade de simple exercice de logique, une seconde stratégie vise à essayer d'obtenir une validation empirique de ses résultats. Le problème n'est alors plus l'explication, voire la compréhension, qu'elle peut proposer (dont la validation empirique est quasi impossible par définition) mais les prédictions qu'elle formule (à partir desquelles, la logique de l'explication pourrait refaire surface : si le modèle semble prédire, c'est peut-être que la causalité du modèle joue dans le monde réel).

L'analyse économique du droit pourrait ainsi s'approcher sous un angle strictement instrumental (contrairement à la première stratégie que nous avons mise en évidence). Elle ne chercherait pas à comprendre les phénomènes juridiques mais à en déterminer les effets (le droit ne correspond alors qu'aux effets du droit, définition similaire à celle de Holmes notamment)²⁴³⁶. Dès lors, la qualification de ses résultats doit passer par une évaluation de ses prédictions et donc une forme de confrontation aux faits. Ce faisant, la connaissance fournie est censée être plus « objective » et plus « valide », ou du moins plus satisfaisante, relativement aux résultats des méthodes juridiques

²⁴³⁴ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 106

²⁴³⁵ Willard V.O. Quine, *Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism*, op cit, p 40

²⁴³⁶ Certains y voient là le signe de la modernité qui ne s'attache plus à l'essence des choses mais à leurs relations. La rupture cartésienne est de ce point de vue déterminante. Notons que la définition du droit que nous avons proposée est en fait une définition sous l'angle des conséquences du droit même si elle nous permet, en partie, de sortir de l'approche du droit comme simple activité.

traditionnelles (par rapport à des objectifs rarement explicités alors que ce sont eux qui donne un critère de validité²⁴³⁷).

Les praticiens de l'analyse économique du droit affichent leur volonté de scientificiser leur discipline en essayant de mimer les méthodes des sciences physiques mais aussi l'épistémologie sous-jacente aux sciences « dures »²⁴³⁸, sans pour autant s'interroger précisément sur la validité de cette transposition. Une bonne théorie est une théorie qui se fonde sur la logique hypothético-déductive (et même sur une axiomatisation) et qui se valide par une confrontation aux « faits »²⁴³⁹ ; il s'agit de pouvoir déduire et de pouvoir comparer. Posner, nous le savons, critique la *Behavioral Law & Economics* pour sa résistance à la falsification et son pouvoir de postrationalisation. Après s'être réclamé de la philosophie de Popper (à l'instar de Friedman), il précise que : « *If a theory cannot be falsified, neither it nor its predictions can be validated, for everything that happens is by definition consistent with the theory* »²⁴⁴⁰. Une telle théorie ne correspond pas à son standard de « scientificité ». L'étude empirique du droit (à travers une approche hypothético-déductive) constitue un des objectifs de l'auteur en vue d'atteindre une meilleure « connaissance » du droit (tout en reconnaissant que la « vérité » en la matière n'est pas atteignable mais largement conventionnelle, ce qui n'est pas sans poser de questions sur la valeur épistémologique d'une telle approche). Elle

²⁴³⁷ Nous les avons largement dégagés dans le chapitre 2, titre 2, partie 1. Nous reviendrons sur certains aspects dans le dernier chapitre de notre thèse.

²⁴³⁸ Cette fascination de l'économie pour la physique est évidente. En ce sens, voir Deborah Redman, *The Rise of Political Economy as a Science*, op cit; ou encore Stephen Toulmin, *Return to Reason*, op cit, notamment chapitre 4 (pp 47-66, plus particulièrement pp 56-60) intitulé « *Economics, or the Physics that never was* ». Nous ne présenterons pas ici les différentes épistémologies économiques. Pour une présentation rapide de celles-ci, voir Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, spécialement pp 4-111.

²⁴³⁹ Nous ne reviendrons pas sur l'histoire de la philosophie des sciences. Signalons simplement que le modèle hypothético-déductif constitue un standard depuis le milieu du XXe siècle. L'ouvrage de Popper (Karl Popper, *La Logique de la Découverte Scientifique*, [1934] 2007, Payot, Paris, 480 pages) présente une formulation assez imprécise de la logique hypothético-déductive et il est généralement convenu de mentionner le rôle du cercle de Vienne et du pragmatisme américain. L'article de Hempel et Oppenheim est considéré comme étant à l'origine de l'uniformisation de la méthode scientifique autour du modèle hypothético-déductif (Carl Hempel et Paul Oppenheim, *Studies in the Logic of Explanation*, 1948, *Philosophy of Science*, vol 15, pp 135-175, notamment p 138 pour une schématisation de la logique hypothético-déductive et 164 pour l'importance de la systématisation de la théorie). Les travaux plus récents de Feyerabend, Toulmin, ou Quine constituent des attaques contre cette uniformisation des méthodes et nous aurons l'occasion de mobiliser ces auteurs dans nos développements. Nous ne reviendrons pas non plus sur l'histoire du « falsificationnisme » (Popper, Lakatos, Feyerabend notamment) même si quelques indications seront présentes dans nos développements.

²⁴⁴⁰ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, op cit, p 1560. L'attachement à la validation empirique se retrouve dans la plupart des ouvrages de Posner (par exemple Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 75 « *legal pragmatism is empirical in its orientation* », plus généralement voir nos développements sur le pragmatisme).

serait aussi un moyen (ou au moins une aide) pour choisir entre des justifications alternatives (nous retrouvons ici la logique du pragmatisme).

Si la validation empirique constitue le critère de « scientificité » d'une théorie²⁴⁴¹, il reste à identifier ce à quoi correspond une telle validation lorsque nous nous intéressons aux résultats de l'analyse économique du droit. Contrairement à ce que certains idéalistes souhaiteraient, la validation empirique en sciences sociales n'est pas totalement de même nature qu'en sciences physiques²⁴⁴² et l'unité de la méthode scientifique est plus un postulat qu'un fait démontrable.

Dans ce chapitre, nous souhaitons mettre en évidence les difficultés engendrées par cette stratégie de validation épistémologique des résultats de l'analyse économique du droit. Nous ne critiquerons pas le souhait de rechercher une validation empirique des résultats. Celle-ci nous semble nécessaire. *Nous montrerons cependant que cette validation empirique, au regard des difficultés propres au champ disciplinaire, favorise une croyance dans la validité des résultats sans établir parfaitement la valeur épistémologique de ces derniers.* La connaissance que peut nous apporter l'analyse économique du droit n'est donc pas exclusivement fondée sur une forme de validité empirique, et l'incertitude radicale doit être prise en compte pour apprécier la « connaissance » fournie.

La première difficulté concerne le socle de la validation empirique (Section 1), c'est-à-dire la logique de la modélisation. Dès lors que l'analyse économique du droit ne cherche pas à rendre compte de l'ensemble d'un phénomène, le modèle constitue une ceinture de protection pour la validation empirique des faits. Nous insisterons aussi sur la dimension extra-économique de la construction d'un modèle et sur la réintroduction d'une forme d'apriorisme.

La seconde difficulté est liée plus précisément à la validation empirique stricto sensu (Section 2). Cette validation empirique est davantage liée à une satisfaction qu'à une réelle validation (la validation est une considération largement subjective). La complexité du social et la difficulté de mettre en œuvre des expérimentations sont des éléments que nous devons prendre en compte pour apprécier la validité des résultats de l'analyse économique du droit et donc les « connaissances » qu'elle est susceptible de nous apporter.

²⁴⁴¹ Nous ne critiquerons pas, dans cette partie, ce postulat. Nous lui apporterons cependant quelques qualifications dans le dernier chapitre de notre thèse.

²⁴⁴² Nous nous appuyons d'ailleurs largement – et non exclusivement – sur les travaux de Hayek (voir notamment Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit ; Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, op cit).

Section 1. Le problème du socle de la validation empirique, la logique de la modélisation et la résistance à la falsification

« *Do the the sort of models that I try to build really help us to understand the world? Or am I too just playing a game, without being self critical enough to admit it?* »²⁴⁴³

Robert Sugden

« *La logique qui peut seule donner la certitude est l'instrument de la démonstration : l'intuition est l'instrument de l'invention* »²⁴⁴⁴

Henri Poincaré

Si nous souhaitons une validation empirique des résultats de l'analyse économique du droit, il est crucial de bien comprendre d'où viennent ces résultats et la valeur qui leur est attribuée. Ceci nous permettra de mieux saisir le domaine mais aussi la portée d'une validation empirique (*infra*). Autrement dit, nous nous intéressons à la possibilité de la validation et de la falsification empirique dès le stade de la construction des modèles. Les problèmes liés spécifiquement à cette validation empirique feront l'objet de notre prochaine section.

L'analyse économique du droit raisonne à partir de modèles pour expliquer les phénomènes juridiques. Il s'agit d'extraire d'un réel perçu des éléments « saillants » et, après les avoir qualifiés, de construire un système déductif susceptible de nous fournir des résultats « empiriquement testables ». Cette saillance n'a cependant pas pour seule origine la science économique (qui donne cependant une direction), et les choix dans la construction des modèles sont très largement extra-économiques (§1) (si la direction est indiquée, les moyens pour en tenir compte sont assez larges). Une logique de satisfaction entre en ligne de compte sans que cette satisfaction puisse parfaitement dépasser le stade de l'intuition et de la croyance.

La correspondance relative entre le modèle et le réel conserve ainsi une place dans la construction du modèle mais aussi dans l'appréciation de sa valeur (si le modèle est plus ou moins instrumental, la valeur d'un écart empirique avec ses prédictions n'aura pas la même valeur). Dans

²⁴⁴³ Robert Sugden, *Credible Worlds : The Status of Theoretical Models in Economics*, in Uskali Mäki (ed), *Fact and Fiction in Economics, Models, Realism and Social Construction*, op cit, pp 107-136, p 136

²⁴⁴⁴ Henri Poincaré, *La Valeur de la Science*, [1905] 1970, Flammarion, Paris, 185 pages, p 37

cette partie, nous chercherons d'ailleurs explicitement un lien entre le modèle et le réel afin de sortir de la logique strictement méthodologique.

Il ne faudrait pas oublier que la validation empirique ne concerne que les résultats du modèle et non la structure causale sous-jacente sur laquelle la science économique reste largement muette (ce qui pose la délicate question du lien entre le prédictif et l'explicatif)²⁴⁴⁵. L'objectif du modèle – prédire, expliquer, ou comprendre – influence les méthodes d'évaluation du modèle.

Dès lors que le modèle constitue le socle de la validation empirique des résultats de l'analyse économique du droit, ce n'est pas l'analyse économique du droit qui sera directement visée par cette validation empirique mais le modèle. La validité de la méthode est appréciée à travers ses applications si bien que la méthode elle-même est bien souvent intouchable. Identifier les degrés de liberté du modélisateur permet de saisir le problème de la validation empirique et ainsi d'apprécier les connaissances fournies par les résultats du modèle. Le modèle peut alors constituer une ceinture de protection pour l'analyse économique du droit (§2) ; ce ne sera jamais directement sa logique qui sera mise en cause mais les paramètres ou la structure du modèle. Les fondements de cette structure peuvent toujours conserver une validité apparente lorsque des paramètres du modèle sont modifiés. Nous avons d'ailleurs présenté, au moins implicitement, de telles possibilités de modification lorsque nous nous sommes intéressés au code économique. C'est à ce niveau que la satisfaction intuitive relative au lien perçu entre la théorie et le réel entre en ligne de compte (même si ce lien est modifié par une forme de confrontation aux faits).

§1. La modélisation comme entreprise extra économique ?

Pour pouvoir valider empiriquement, il est nécessaire de disposer d'une structure conduisant à cette validation, c'est-à-dire d'un modèle déductif ; c'est cette structure qui sera testée empiriquement, et non l'histoire (ou les histoires) conduisant à sa construction.

Même s'il n'existe pas de recette permettant de construire un modèle et donc une structure déductive, il est fondamental, pour pouvoir apprécier les résultats de l'analyse économique du droit, de bien comprendre que *la construction du modèle n'est pas une entreprise parfaitement scientifique*. Nous souhaitons ici insister sur deux points spécifiques. Tout d'abord le modélisateur dispose d'une très grande marge de manœuvre en ce qui concerne la construction du modèle (A). D'autre

²⁴⁴⁵ Nous reviendrons sur cette question par la suite. Le problème est le suivant : si un modèle prédit de façon « satisfaisante » peut-il avoir un pouvoir explicatif ? Ce problème est d'autant plus important lorsque le modèle économique semble plausible. Pourtant, le passage de l'un à l'autre n'est qu'une pure croyance puisque rien n'indique que la corrélation observée valide la structure causale.

part, il existe des contraintes relatives à la structure du modèle qui ne peuvent pas être totalement écartées par ce dernier (B).

Les choix qui seront réalisés lors de cette étape (outre la recherche d'une modélisation) auront une influence sur les résultats du modèle (par définition) et donc sur l'appréciation de leur validité empirique (qui devra, par exemple, tenir compte des objectifs du modèle). En effet, il sera toujours possible de critiquer ceux-ci lorsque les résultats du modèle ne semblent pas correspondre aux faits perçus. En soi, cette démarche n'est pas critiquable puisque la logique de la modélisation est aussi celle d'une découverte (c'est par la confrontation aux faits que les modèles et les méta-modèles sont reconstruits). Il faut néanmoins prendre conscience de cette possibilité de reconstruction du modèle, pour déterminer lorsque cette reconstruction ne semble pas « légitime » et que la théorie sous-jacente au modèle est à revoir.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, nous souhaitons aussi indiquer que *le code économique est à proprement parler un outil*. S'il influence notre perception, il lui reste largement soumis ; une forme de jugement intervient lors de la construction du modèle (pour la détermination des éléments de celui-ci par exemple). L'approche économique n'impose pas la totalité des éléments du modèle, elle permet simplement d'en envisager les conséquences et les seules conséquences qu'elle peut dégager découlent de l'ordonnement construit par le modélisateur. Le jugement de validité diffère de la décision économique néoclassique dans la mesure où le jugement n'est pas un simple calcul²⁴⁴⁶ mais une appréciation subjective (il est possible de le rationaliser, en utilisant la logique savagienne, mais cette logique nous semble masquer le processus même du jugement).

A. Les degrés de liberté du modélisateur, la nécessité de se retirer de la complexité du réel

Modéliser, c'est réduire et simplifier sans sombrer dans le simplisme. Le modélisateur ne doit s'intéresser qu'à quelques éléments et non à l'ensemble des éléments possibles d'un réel perçu (sinon nous décrivons notre perception plus que nous ne la modélisons²⁴⁴⁷). Le modélisateur ne peut donc pas partir d'autre chose que d'un fait perçu du monde (il existe une responsabilité pour faute en matière d'accidents de la circulation) dont le modèle tente de rendre compte (en modélisant la

²⁴⁴⁶ Nous reviendrons sur cette distinction dans le dernier chapitre de notre thèse.

²⁴⁴⁷ Si aucun des éléments du réel n'est pris en compte, ce modèle n'expliquera rien, nous aurons simplement trouvé un algorithme qui semble pertinent pour prédire (mais cet algorithme nécessite l'introduction d'éléments du réel pour le paramétrer).

situation de l'accident de la circulation) en utilisant une méthodologie spécifique (nous partons des individus, ces individus font des choix et nous supposons qu'ils sont rationnels et que le but du droit est de favoriser l'efficacité).

Economiquement, le coût lié à cette simplification est supposé être inférieur aux gains de celle-ci (même si ces gains et ces coûts ne peuvent pas être précisés de façon objective. Cette relation se déduit des choix opérés²⁴⁴⁸, pour les rationaliser). Nous supposons qu'en simplifiant ou en caricaturant le réel, il sera plus aisé de comprendre son fonctionnement ou le fonctionnement de certaines de ses composantes (la responsabilité sans faute conduit les individus à optimiser leur niveau d'activité alors que la responsabilité pour faute ne permet pas cela²⁴⁴⁹).

Ces coûts et ces gains sont relatifs aux objectifs même du modélisateur, objectifs qui auront une influence sur les utilisateurs et sur la validation empirique²⁴⁵⁰. En effet, la critique du modèle ne peut se faire que relativement aux objectifs du modélisateur. Un modèle qui souhaite rendre compte d'une structure n'opérera pas les mêmes choix qu'un modèle qui souhaite expliciter précisément un phénomène particulier quitte à perdre en pouvoir de prédiction ; un modèle qui se conçoit comme strictement instrumental se distinguera aussi d'un modèle qui souhaite aussi proposer une explication « plus réaliste » ; un modèle qui cherche à déterminer les variables pertinentes ne conduira pas aux mêmes choix dans les paramètres qu'un modèle qui vise à représenter une situation. Expliciter les choix réalisés par le modélisateur, lorsqu'ils ne sont pas justifiés ou insuffisamment justifiés, est une gageure si nous ne visons pas simplement la post rationalisation. Pour notre argument, il suffit de savoir que les choix opérés ne sont pas « neutres » et révèlent, bien souvent, des considérations méthodologiques et normatives.

Le modélisateur doit opérer des choix dans au moins trois domaines²⁴⁵¹ : les entités du modèle (1), les relations entre ces entités (possibilités d'actions et contraintes) (2) et la détermination d'une temporalité adéquate (3). Identifier les choix possibles permet de mieux saisir la nature subjective d'un modèle. Le modèle n'est pas « imposé » mais construit. Il retranscrit la subjectivité

²⁴⁴⁸ Il semblerait absurde que le modélisateur connaisse à l'avance les coûts ou les gains car cela supposerait qu'il connaisse déjà et qu'il puisse apprécier la validité du modèle en fonction des différents éléments. Le modélisateur est, en principe, dans une situation d'incertitude, dont la résultante peut être rationalisée par le code économique mais dont le processus de décision lui est potentiellement étranger. Nous retrouvons le problème lié à l'information optimale : pour acquérir l'information optimale, il faudrait connaître le gain d'acquisition de l'information et donc l'information elle-même... ce qui n'est pas sans paradoxe.

²⁴⁴⁹ Par exemple, Thomas Miceli, *The Economic Approach to Law*, op cit, pp 66-68

²⁴⁵⁰ Il suffit de penser à une carte. La carte n'est pas le territoire ; elle réduit les éléments du réel. Connaître l'objectif du cartographe permet d'apprécier la validité de la carte mais aussi de déterminer les « bons » usages de celle-ci.

²⁴⁵¹ La frontière entre chacun de ces trois domaines reste poreuse, notamment concernant la dimension temporelle. Ainsi, selon la temporalité, nous pouvons considérer qu'une entité à deux moments correspond à deux entités différentes.

du modélisateur et pour cette raison ne peut être objectif (même si le couple modèle / validation empirique forme le langage de la science, dans l'épistémologie traditionnelle).

Notons que le modélisateur doit d'abord déterminer le problème auquel il souhaite s'intéresser. En analyse économique du droit, il s'agira en principe de s'interroger sur l'effet d'une règle juridique. Le modélisateur considérera tout d'abord l'effet de cette seule règle avant d'introduire d'autres éléments. La question posée – et la remarque est triviale – a un effet sur la construction du modèle.

1. Les entités du modèle et leurs spécificités

La première étape dans la construction d'un modèle consiste à repérer les entités que nous souhaitons faire entrer dans celui-ci. Il ne s'agit pas de chercher à rendre compte de l'ensemble de la réalité mais de sélectionner des éléments qui, le modélisateur l'espère ou le croie, permettent d'analyser et de rendre compte d'un phénomène juridique ; il s'agit de simplifier tout en restant pertinent.

Lors de la construction du modèle, l'économie n'est que d'une aide indirecte. Elle ne dicte pas les éléments qui doivent entrer dans le modèle ; elle nous oriente cependant vers les individus en situation de choix. Elle nous conduit à rechercher les entités qui nous semblent être affectées suffisamment directement, dans leur utilité, par l'introduction ou la modification d'une règle juridique. En cela, la méthode influence la perception et le risque est d'oublier une partie de la réalité, masquée par le prisme de la méthode et les limites du code (*infra*).

Si nous considérons qu'un modèle ne doit être jugé que par ses résultats et par ses capacités de prédiction, il est inutile de critiquer les choix opérés par le modélisateur à ce niveau, si le modélisateur souhaite construire un modèle prédictif et non un modèle explicatif d'une situation actuelle ou passée²⁴⁵². Si nous considérons que le modèle doit retranscrire, même de façon très simplifiée, une partie de la réalité, certaines critiques sont envisageables mais ces critiques ne seront pas strictement économiques, ni même véritablement scientifiques (dans une épistémologie fondée sur la validation empirique) puisque ce serait postuler de la validité empirique avant l'analyse de celle-ci²⁴⁵³. Une forme d'apriorisme entrera alors, presque

²⁴⁵² même si le modèle prédictif pur nous semble être une illusion.

²⁴⁵³ Il est possible de critiquer la trop grande complexité du modèle qui laisse beaucoup trop de marges d'interprétation concernant les résultats de la validation empirique. Si nous considérons qu'une théorie n'est valable qu'après une confrontation à la réalité, il faut que cette théorie puisse être confrontée à la réalité, ce qui suppose que ses résultats soient suffisamment précis et non contradictoires.

nécessairement, en ligne de compte et le modèle ne pourra pas être totalement découplé de la réalité, ne serait ce que pour que celui-ci puisse avoir un intérêt (à la fois prédictif et explicatif). Le modélisateur est libre mais cette liberté est surveillée.

a. Le modélisateur doit tout d'abord identifier les types d'entités qui vont entrer dans son modèle. Ces entités vont dépendre du phénomène que le modèle souhaite appréhender mais aussi de la méthode. L'individualisme méthodologique ne conduit pas aux mêmes entités que le holisme méthodologique.

Le modélisateur doit tout d'abord déterminer s'il s'intéresse à des types abstraits d'entités (le piéton, l'entreprise, etc.) ou à des types plus concrets (telle ou telle entreprise, tel ou tel individu spécifique). En principe, l'analyse économique du droit commence par s'intéresser à des types abstraits d'entités (car les règles juridiques touchent d'abord des types abstraits d'individus). Les études de cas ne surviennent qu'après une modélisation générale.

Il devra ensuite déterminer les différents types supposés avoir une influence sur le phénomène observé. Supposons que nous souhaitions connaître l'impact de la modification d'une règle de responsabilité en matière d'accidents de la route. Dans un tel cas, il est naturel de penser aux individus conduisant les véhicules et aux piétons. Cette représentation est schématique, et nous pourrions aussi tenir compte des constructeurs automobile, des assurances, d'une « opinion publique », des juges, de l'administration chargée de la sécurité routière, ou tout autre entité susceptible d'avoir un impact sur le phénomène des accidents de la route (cette liste n'est pas exhaustive). Ces entités sont tirées du « réel ». Elles ne correspondent pas simplement à des individualités mais peuvent représenter des ensembles d'individus (même si nous supposons qu'individualiser l'ensemble ne modifie pas ou peu le comportement de l'ensemble). Les modèles économiques ne comprennent que des entités humaines en raison de leur adhésion à l'individualisme méthodologique.

Les modèles commencent en principe en intégrant un petit nombre d'entités, ce nombre augmentant par la suite pour mieux rendre compte d'une réalité perçue. L'économiste part des préférences des entités qu'il considère comme saillantes pour l'étude de la situation.

b. Déterminer les entités n'est pas suffisant pour la construction du modèle et la modélisation conduit surtout à spécifier un mode de fonctionnement à chacune de ces entités.

Il faudra ainsi déterminer le type de rationalité. Nous envisagerons ici la rationalité au sens formel (puisque nous cherchons à modéliser). Plusieurs options s'offrent à nous. Le modèle néoclassique

de rationalité optimisatrice reste dominant en analyse économique du droit, même si des modèles alternatifs (*prospect theory* notamment) sont eux aussi utilisés. Il faut néanmoins que le modèle soit susceptible de conduire à des prédictions pour pouvoir être parfaitement utilisé dans la logique de la validation empirique (*infra*). En un sens, les irrationalités (relatives au modèle néoclassique) doivent rester prévisibles²⁴⁵⁴.

Pour que cette rationalité formelle puisse être mise en œuvre, il faut préciser les préférences des différentes entités. Même lorsque nous supposons que ces entités n'agissent que par intérêt, il est souvent nécessaire, pour que les résultats ne soient pas ambigus, de spécifier ce qui entre dans l'intérêt de l'individu avec suffisamment de précision, sans quoi tout est rationalisable puisque les préférences peuvent être reconstruites. Dans le modèle des accidents de la route, les préférences ne sont pas spécifiées et il suffit simplement de considérer que l'accident est « coûteux » pour l'individu. Nous supposons aussi que l'individu préfère plus d'argent à moins d'argent et que ses préférences peuvent être exprimées en argent (il existe donc une sorte d'unidimensionnalité dans les préférences qui permet de mettre en balance différents intérêts). Il est assez rare que les modèles spécifient précisément les préférences des agents. Ils s'en tiennent à une considération des préférences comme intérêt « objectif » pour l'individu (nous avons déjà évoqué la pyramide de Maslow qui constitue le socle de l'intérêt bien compris). Il est « normal » qu'un individu préfère limiter le nombre de ses accidents sauf, bien évidemment, lorsque cette limitation est trop coûteuse. Autrement dit, nous supposons qu'il égalisera son bénéfice marginal et son coût marginal lors de sa prise de décision. Postuler les préférences, c'est supposer que l'agent agit pour une raison ; il sera d'ailleurs aisé de reconstruire les préférences en fonction des actions des individus lorsque nous supposons qu'elles sont cohérentes (et une part de l'analyse économique du droit vise cet objectif).

Il faudra aussi déterminer les contraintes pesant sur l'agent. La première est liée aux capacités cognitives concernant l'acquisition et le traitement de l'information. Conformément à l'approche néoclassique, l'analyse économique suppose, dans un premier temps, une certaine omniscience de la part des agents. Pour reprendre le cas des accidents de la route, nous supposons que les individus connaissent précisément les conséquences de leurs actions et sont ainsi capables

²⁴⁵⁴ Et c'est notamment l'objet de la *prospect theory* de Kahneman et Tversky (voir notre chapitre sur la rationalité). Il s'agit du titre d'un ouvrage de vulgarisation de Dan Ariely (Dan Ariely, *Predictably Irrational, The Hidden Forces that Shape our Decisions*, Harper Collins, London, 280 pages). L'analyse économique cherche bien souvent à rationaliser ces irrationalités ; elle tente notamment d'en expliquer l'origine évolutionnaire ou la rationalité subtile qui serait à l'œuvre. Nous touchons ainsi une question importante : dans quelle mesure peut-on considérer qu'une irrationalité apparente est une véritable irrationalité ? A partir de quels critères opérer un tel choix ? Nous tenterons d'apporter une réponse à ce type de question dans le dernier chapitre de notre thèse.

d'optimiser leur comportement. Cette hypothèse peut ensuite être relaxée pour certaines entités. Par exemple, que se passerait-il si le juge pouvait commettre des erreurs (notamment dans l'identification du niveau de précaution des différents agents) ? Que se passerait-il si les agents ne connaissaient pas bien leur intérêt (nous avons alors des justifications possibles des règles paternalistes : port du casque à moto par exemple) ?

La seconde contrainte est liée au budget des différents agents. Si nous supposons que l'individu maximise sous contrainte, il est préférable de bien connaître ses contraintes. Nous n'envisageons ici que les contraintes individuelles (et les préférences peuvent alors être perçues comme des contraintes) et non les contraintes sociales (relatives aux actions des autres agents du modèle, cette question touchant les relations entre les entités). Nous pouvons aussi considérer que certaines actions sont interdites en raison des contraintes que s'impose l'agent, restriction souvent rare en analyse économique du droit (même si elle pourrait servir à représenter la fonction de la normativité pour Raz). Que se passerait-il par exemple si un individu n'avait pas suffisamment d'argent et que la règle était celle de la responsabilité sans faute²⁴⁵⁵ ? Le respect de la règle serait-il sensible, empiriquement, au niveau de revenu de l'individu ?

Ces choix sont subjectifs, même si le bon sens ou les théories scientifiques connexes peuvent être utilisées lors de la modélisation. Les éléments que nous venons de présenter ne concernent pas le choix des entités et de leur mode de fonctionnement. Ce choix reste dépendant d'un objectif recherché par le modélisateur et évolue avec la confrontation aux faits. La complexification du modèle (ajout d'entités, ajout de limitations cognitives, etc...) ne se fait qu'au fur et à mesure. Le problème reste néanmoins de bien saisir la fonction épistémologique de tels choix et leur influence sur la validation empirique du modèle (la seconde partie de cette question sera analysée par la suite).

2. les relations entre les entités du modèle

Outre les entités du modèle, le modélisateur doit aussi déterminer des relations spécifiques entre ces entités pour pouvoir apprécier les conséquences économiques de l'introduction d'une nouvelle norme (et donc d'une nouvelle sanction, même si celle-ci n'est produite qu'indirectement par la norme). La détermination des relations entre les entités du modèle a aussi

²⁴⁵⁵ Ce problème est connu en analyse économique du droit sous le nom de « *judgment proof* » (par exemple, Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, 312 pages, pp 167-170)

une influence concernant les résultats du modèle. Il s'agit ici de spécifier le système d'incitation dans lequel nous allons « faire tourner » le modèle.

a. Il faut tout d'abord déterminer les liens entre les entités du modèle, c'est-à-dire l'ensemble des interactions possibles et leur impact sur le « bien-être » des individus ou sur les contraintes qui pèsent sur les individus. C'est cette étape qui permet par exemple de formaliser un « jeu » (de la théorie des jeux).

Ces liens sont souvent implicites dans la catégorisation : le lien entre le piéton et l'automobiliste dans les accidents de la route est évident. Néanmoins, dans la modélisation de la situation, rien n'interdit de considérer, dans un premier temps, que le piéton et l'automobiliste peuvent constituer deux entités distinctes (le piéton ne peut pas être automobiliste) avant d'envisager qu'il existe des échanges entre ces deux entités (le piéton peut aussi être automobiliste).

Pour obtenir un modèle parfaitement déductif, il faudrait spécifier les relations de chacune des entités avec chacune des autres. Comme le modèle est un monde fictif, les interrelations sont spécifiées ou au moins implicites (l'interrelation découle de la structure du modèle). L'analyse économique du droit examine spécifiquement la modification des relations qui découle de l'introduction d'une règle juridique en supposant que les effets indirects de la règle (sur l'ensemble du système normatif par exemple) sont négligeables.

Parfois, il faudra aussi préciser le positionnement des agents et les possibilités de mettre en œuvre une interaction. Nous pouvons notamment spécifier que les interactions ne sont possibles qu'en fonction d'une position relative des individus : par exemple l'interaction aura lieu uniquement avec la personne la plus proche, avec les voisins (entendus plus ou moins largement), uniquement avec un « groupe » proche²⁴⁵⁶, ou encore de façon aléatoire (les considérations spatiales sont alors rejetées), etc²⁴⁵⁷. Il est possible d'organiser certains de ces paramètres au niveau de la rationalité (il est moins coûteux d'interagir avec ses voisins par exemple ; nous pouvons aussi ajouter des

²⁴⁵⁶ Pour ce type d'approche (expliqué de façon suffisamment simple) et pour les conséquences de la variation de tels paramètres, voir notamment, Brian Skyrms, *Evolution of the Social Contract*, 1996, Cambridge University Press, Cambridge, 146 pages et Brian Skyrms, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, 149 pages. L'auteur utilise un modèle de ce type pour expliquer, notamment, le résultat du jeu de l'ultimatum. La logique reste cependant celle de l'imitation du comportement qui semble conduire à une meilleure survie, qu'une logique d'optimisation.

²⁴⁵⁷ Dans les modèles visant les questions de stabilité de l'équilibre, nous avons observé ce type de paramètre. L'économie retient assez généralement une idée d'interactions aléatoires mais rien n'empêche de spécifier une dynamique qui ne conduise pas à des rencontres aléatoires entre les individus.

boucles de rétroaction : si l'interaction a été satisfaisante, l'interaction avec cet individu sera valorisée dans les étapes successives).

b. Une fois les liens possibles identifiés, il faudra déterminer les différentes stratégies ouvertes aux agents (et donc les différentes options susceptibles d'entrer dans la stratégie²⁴⁵⁸). Ces stratégies sont souvent triviales. Dans le modèle des accidents de la route, l'individu pourra décider de prendre ou non sa voiture (si nous introduisons dans le modèle des considérations relatives à l'activité) ou devra décider de dépenser plus ou moins en matière de précaution. De même, suite à un incident, un individu pourra : ne rien faire, essayer de négocier, saisir le juge, etc... et il s'agira pour l'économiste de déterminer quelle stratégie sera « favorisée » par l'introduction d'une nouvelle règle (si par exemple les frais de procédure sont à la charge de chacune des parties ou si les frais de procédures sont à la charge de la partie perdante, les comportements pourront être différents). Assez souvent, en analyse économique du droit, les options ouvertes sont relativement peu nombreuses pour conserver une certaine simplicité du modèle. Comme nous sommes obligés de les spécifier, nous supposons, dans le modèle, que l'individu les connaît sans avoir à les rechercher (l'individu du modèle ne peut donc pas être plus rationnel que le modélisateur), qu'il n'a pas à réaliser consciemment le travail du modélisateur.

c. Enfin il faudra attribuer une « mesure » (cas de la théorie des jeux par exemple) ou une mesurabilité (algorithme) à chacune des options offertes. Un jeu à deux joueurs et à deux stratégies par joueur ne peut pas être résolu si nous ne disposons pas d'une mesure d'utilité pour chacune des options en fonction des options choisies par l'autre individu. Rien n'empêche de postuler une certaine structure concernant ces utilités et de déterminer pour chacune des structures possibles, la stratégie qui sera adoptée par chacune des entités. Le modèle servirait alors à l'exploration conceptuelle d'une idée.

3. La temporalité adéquate

Le modèle doit enfin spécifier le paramètre de la temporalité. Ce paramètre nous semble être l'un des plus complexes dans la mesure où la modélisation, en supposant une fixité du monde pour conserver un caractère déductif, ne peut pas rendre compte de toute la problématique de la

²⁴⁵⁸ Cas des stratégies mixtes de la théorie des jeux par exemple.

temporalité²⁴⁵⁹. Comme l'exprime Shackle : « *Mathematics can explore the meaning of what is already implicitly stated, of what is already given [...] To acknowledge that there is novelty, in the sense of fundamentally undeductible things, waiting to be encountered for the first time, is to acknowledge that we cannot build models that will exhibit the course of a society's history over even a limited span of time* »²⁴⁶⁰. Tout modèle souhaitant pouvoir prédire ne peut donc pas tenir compte parfaitement d'une conception « complète » de la temporalité. Ce problème reste fondamental dès lors que nous souhaitons pouvoir prédire dans le « concret ». En effet, prédire sans préciser ou approximer la date de la réalisation de la prédiction n'a qu'un intérêt très relatif, et la confrontation au réel devient beaucoup plus complexe. Par simplicité, nous présenterons le problème de la temporalité pour trois types de modèle.

a. Le premier modèle, le plus classique en analyse économique du droit, est celui dans lequel une fois déterminés les paramètres, il suffit de « calculer » la solution. Dans le cas des accidents de la route, nous pouvons ainsi montrer que la responsabilité sans faute conduit les individus à tenir compte de leur niveau d'activité alors que la responsabilité pour faute ne produit pas cet effet.

Le problème, dans ce type de modèle, reste de spécifier l'horizon temporel. Ainsi, une étude en statique comparative nous conduit à considérer que l'équilibre s'est déplacé et que nous devrions atteindre le prochain équilibre. Le problème est de savoir quand (d'autant plus que le mécanisme permettant de rejoindre l'équilibre n'est toujours pas identifié). En effet, critiquer une prédiction faite pour le long terme au regard de ses effets à court terme n'a aucun intérêt. Hayek valorise l'ordre du marché (et la liberté) car il considère que cela favorise l'adaptation des individus à l'environnement. Sur le court terme, les résultats peuvent être dramatiques mais critiquer son approche en se fondant sur le court terme manque l'objectif. La théorie de l'équilibre général vise aussi un « long terme » sans pour autant que le processus d'ajustement puisse être précisé.

Les modèles peuvent se concentrer sur les effets à court terme, moyen terme ou long terme d'une action spécifique. Outre la difficulté à identifier exactement ce à quoi correspond temporellement l'idée de court terme, de moyen terme ou de long terme, le problème du processus d'ajustement se pose presque inévitablement. Si nous acceptons par ailleurs la possibilité d'une dépendance par rapport au chemin ou la possibilité d'une évolution de l'environnement (progrès technologique notamment), prédire sur le long terme (à 10 ans par

²⁴⁵⁹ Ce point constitue le socle de la divergence entre l'approche autrichienne et l'approche néoclassique. Voir par exemple, Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, op cit; ou encore Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit.

²⁴⁶⁰ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 26

exemple) revient à faire de l'astrologie. Postuler l'information parfaite et une absence dans les limites de la cognition permet de limiter ce type de problème puisque l'ajustement des individus sera immédiat (mais l'application du modèle au réel est alors plus délicat). Néanmoins, ce type de modèle sera sensible à une réintroduction des capacités d'apprentissage.

La prédiction lorsque l'horizon temporel est vague ou non spécifié est extrêmement délicate. Il est cependant assez rare que cet horizon soit parfaitement déterminé. La comparaison se fait plus sur des états sans que le problème du chemin pour rejoindre ces états ne soit envisagé dans toute sa complexité (*supra* partie 1, titre 1, chapitre 2, section 2).

b. Le deuxième type de modèle correspond à l'approche en termes de jeu. Nous avons pu constater que les solutions d'un jeu répété ne sont pas nécessairement les mêmes que les solutions d'un jeu à « un coup ». De même, préciser le nombre d'itérations peut avoir un impact si nous adoptons le modèle de rationalité dans lequel l'induction à rebours est acceptée (la coopération, même souhaitée en dilemme du prisonnier, ne peut pas survenir si nous supposons que chacun des joueurs connaît le nombre d'interactions qu'il aura avec l'autre et la date des différentes interactions)²⁴⁶¹.

Le temps dans le jeu correspond à l'idée de répétition et rien n'indique le « temps » entre chacune des répétitions²⁴⁶². Ce type de modèle peut servir à prédire, lorsque nous supposons que le jeu identifié a eu le temps d'être suffisamment répété pour que la solution retenue corresponde à une des solutions possibles d'un jeu répété. Si nous souhaitons tester un modèle dans lequel le jeu n'est pas répété, rien n'indique que les résultats empiriques seront conformes puisqu'il faudrait s'arranger pour que le sujet n'ait jamais joué à ce type de jeu, même inconsciemment (une partie des échecs empiriques de validation du dilemme du prisonnier pourrait s'expliquer par ce biais, *infra*).

²⁴⁶¹ Nous retrouvons ces équilibres en *trigger strategy* qui sont notamment utilisés pour comprendre les politiques monétaires. Par exemple Robert Barro et David Gordon, Rules, discretion and reputation in a model of monetary policy, 1983, *Journal of Monetary Economics*, vol 12, pp 101-121. Ce type de modèle est facilement transposable en analyse économique du droit (il suffit de penser aux interactions entre les institutions politiques).

²⁴⁶² Ce temps ne doit pas être infime afin de laisser aux individus le *temps* d'apprendre.

c. Le dernier type de modèle correspond aux modèles évolutionnaires. Ces modèles servent actuellement à rendre compte de la morale et des irrationalités apparentes des individus²⁴⁶³. Il serait possible de les utiliser pour exprimer le contenu du droit et les échanges avec les autres ordres sociaux.

Nous retrouvons alors en partie la logique des jeux répétés avec le délicat problème de l'identification de ce qui fait concrètement une « répétition » (ici nous évoquons l'idée de générations successives). Ce type de modèle suppose cependant un effet du temps sous la forme d'une sélection naturelle. Il s'agira de considérer que les individus qui réussissent le mieux à l'instant t seront plus nombreux dans la population à l'instant $t+1$ alors que les individus qui réussissent le moins bien seront, eux, moins nombreux. Le mécanisme de réplication retenu aura des conséquences potentiellement dramatiques sur la vitesse d'atteinte d'un équilibre (voire même sur l'équilibre lui-même).

Dans ce type de modèle, nous pouvons aussi supposer qu'aléatoirement une population de « mutants » émerge pour déterminer si cette population peut envahir la population de référence ou au moins modifier l'équilibre qui serait atteint sans son émergence.

L'ensemble des paramètres peuvent être théoriquement utilisés à la discrétion du modélisateur. Ils servent à déterminer, approximativement, une structure ; leur relation avec l'interprétation de la structure reste encore à préciser. Cette dernière n'est pas totalement indépendante de la question à laquelle le modèle (et donc le modélisateur) souhaite répondre. Le choix du modélisateur reste encadré : certaines contraintes pèsent sur la modélisation elle-même et ne sont pas sans impact sur le problème de la validation empirique.

B. Les contraintes de la modélisation, la liberté surveillée du modélisateur

Si le modélisateur dispose d'une liberté assez grande pour la construction du modèle, il nous semble cependant soumis à au moins deux types de contraintes.

Si le modélisateur cherche à construire un modèle qu'il pourra valider empiriquement (2), ce système doit être déductif, c'est-à-dire idéalement exprimable sous une forme mathématique. En effet, la prédiction suppose la possibilité de déterminer des conséquences ou, au moins,

²⁴⁶³ Par exemple, Jane Maienschein et Michael Ruse, *Biology and the Foundation of Ethics*, op cit; Brian Skyrms, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, op cit; Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit. Ces tentatives ne sont que des histoires possibles et la scientificité de celles-ci est bien difficile à établir dans la mesure où la validation empirique est plus qu'incertaine (*infra*).

d'identifier des conséquences impossibles. Mimer les méthodes des sciences dures suppose de mimer la forme des théories de ces sciences.

Le modélisateur considère, en général, que son modèle fournit une certaine compréhension du monde, autrement dit que des hypothèses fausses (par construction) permettent de saisir des éléments du « réel »²⁴⁶⁴. Nous ne pensons pas qu'un modèle puisse être parfaitement instrumental en sciences sociales, ne serait ce que parce qu'il est construit en fonction d'une situation réelle perçue. Si la structure du modèle permet de prédire, il sera toujours possible de reconstruire l'histoire afin de la rendre plus « vraisemblable »²⁴⁶⁵. Le modèle doit donc avoir un lien avec le réel ou nous permettre de mieux le comprendre (1) (si la compréhension va au-delà de la prévision des conséquences). A ce titre, les modèles d'exploration conceptuelle (ou d'exploration des théories économiques) sont souvent éloignés du réel mais permettent de mieux le comprendre. En effet, explorer la structure d'un modèle construit pour appréhender une situation concrète n'a pas pour objet le réel, mais nous pousse, indirectement, à repenser le lien établi par le modèle ou la structure du modèle exploré. Ces modèles ne sont cependant pas testables empiriquement car ils ne visent pas le domaine empirique mais soit la robustesse du modèle, soit l'explication alternative²⁴⁶⁶. En cela ils nous fournissent de nouveaux outils pour penser le monde.

Nous écartons de nos analyses les modèles dont l'objectif est le jeu logique (le modèle est construit à partir d'une relation mathématique, c'est donc la méthode qui prime sur l'objectif de cette méthode) dans la mesure où nous souhaitons savoir quand il est possible de sortir de ce jeu pour « apprendre » quelque chose sur le monde. Ce type de modèle ne recherche d'ailleurs pas une validation empirique. Néanmoins, nous avons tendance à considérer que tout modèle, même celui qui vise le simple jeu logique peut avoir une utilité, certes indirecte, sur notre compréhension du réel car il met au jour un mécanisme spécifique potentiellement réutilisable, ou favorise une exploration conceptuelle plus poussée susceptible de faire émerger de nouvelles

²⁴⁶⁴ La question centrale est donc de savoir comment relier le monde du modèle au monde réel. Pour reprendre la formulation de Varian et Gibbard, « *Can models with unrealistic assumptions, then, be of any use in understanding the world ?* » (Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 665). Notons que cette question se pose même si le test empirique est jugé satisfaisant.

²⁴⁶⁵ Un modèle est une structure mathématique permettant une déduction et une histoire justifiant cette structure. L'interprétation des résultats suppose alors de réutiliser l'histoire ayant servi à la construction. Comme ce qui est testé est la structure et non l'histoire, l'histoire peut être amendée afin de conserver la structure.

²⁴⁶⁶ Voir par exemple, Robert Sugden, *Credible Worlds : The Status of Theoretical Models in Economics*, op cit, pp 114-117. Comme nous le verrons dans le dernier titre de cette thèse, cette exploration conceptuelle nous semble assez proche du travail effectivement réalisé par l'analyse économique du droit. La valeur épistémologique se trouve plus dans l'identification de ce qui pourrait être que dans l'identification de ce qui est véritablement. La difficulté de valider empiriquement l'approche économique des phénomènes juridiques semble provenir de la logique d'exploration conceptuelle.

considérations (il n'est d'ailleurs pas rare qu'une relation mathématique soit réinterprétée pour « coller » à une idée du réel²⁴⁶⁷).

1. Le modèle et sa plausibilité, le critère de « réalité »

Si nous voulons que le modèle nous apprenne quelque chose, il faut au moins que le modèle soit une caricature du réel (ou soit considéré comme tel) : s'il ne permet pas d'en saisir toute la complexité, il nous permet au moins d'entrevoir certains de ses traits²⁴⁶⁸, même s'ils sont grossis. De même, si nous souhaitons pouvoir tester empiriquement le modèle, il faut qu'il y ait quelque chose à tester et donc un certain lien avec la réalité.

a. *Un modèle, c'est tout d'abord une question.* Typiquement, un modèle économique pose deux types de question. La question « pourquoi ? » vise une logique d'explication (pourquoi la *common law* peut-elle être considérée comme efficiente ? Pourquoi telle norme plutôt que telle autre ?). La question « que se passerait-il si ? » vise la détermination des conséquences d'une modification d'un des paramètres de l'environnement (que se passerait-il si telle responsabilité pour faute devenait une responsabilité sans faute ?).

La première question est évidemment moins instrumentale que la seconde et seule la seconde peut parfaitement faire l'objet d'une validation empirique. La première peut faire l'objet d'une telle validation si nous supposons que l'explication que fournit le modèle est transposable à des situations similaires. Cependant, l'objectif n'est que de fournir une explication possible. Nous retrouvons donc la logique de l'exploration conceptuelle (il faudrait distinguer entre l'exploration des concepts économiques et l'exploration des concepts non économiques – et donc l'explication alternative de ces concepts).

La question du modèle est liée au réel en analyse économique du droit car ce n'est pas la logique économique qui est explorée. Qu'il s'agisse de déterminer les effets d'une modification d'une

²⁴⁶⁷ Robert Solow aurait ainsi « découvert » malgré lui, la possibilité de mathématiser l'importance du traitement « juste » dans une entreprise en préparant un devoir pour ses étudiants. Ce n'est qu'après leur avoir demandé d'analyser la relation mathématique qu'il s'est interrogé sur sa possible « transcription » pour les phénomènes réels. Comme l'expriment Gibbard et Varian : « *If we think of the structure as containing uninterpreted predicates, quantifiers, and the like, we can think of the story as telling what kind of extension each predicate has and what kind of domain each quantifier has* » (Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 666).

²⁴⁶⁸ Ceci est aussi valable pour l'exploration conceptuelle dans la mesure où l'explication alternative, pour être alternative doit être suffisamment crédible.

règle juridique ou le fonctionnement du juge, de l'avocat ou d'un individu particulier, la question vise le « concret ».

b. *Un modèle, c'est ensuite une histoire.* C'est à travers cette histoire que la simplification du réel se produit. Il s'agit de relier les entités entre elles et de commencer à dégager une structure – non encore parfaitement formelle – du modèle. Le modèle sans histoire n'est qu'une relation mathématique stérile. C'est l'histoire qui rend « sens » au modèle et notamment à la question question qu'il pose. Gibbard et Varian expliquent ainsi que « *A model, we shall say, is a story with a specified structure* »²⁴⁶⁹. C'est aussi à travers l'histoire que le lien avec le réel se reconstruit une fois les résultats du modèle dégagés.

Comme l'histoire est une simplification – non simpliste – du réel, l'histoire est nécessairement irréaliste – sans l'être radicalement pour pouvoir informer sur le réel. Elle schématise les entités et les relations qu'elles peuvent avoir et reste « acceptable ». Elle ne s'intéresse qu'à un seul type d'interaction, ou à des interactions limitées sans chercher à rendre compte du champ complet des interactions sociales.

La crédibilité de l'histoire n'est pas une question rationnelle mais une question psychologique car il s'agit de juger de la « similarité » entre l'histoire proposée et le réel (autrement dit, cette crédibilité dépend d'une croyance en celle-ci). Comme l'exprime Sugden « *if we are to make inductive inferences from the world of a model to the real world, we must recognize some significant similarity between those two worlds* »²⁴⁷⁰. Il s'agit donc de reconnaître que le modèle, sans être une image fidèle du monde en est une caricature ou une possibilité parallèle (au sens de monde parallèle possible). La caricature ne fournit cependant pas les mêmes explications que la possibilité parallèle (même si la caricature peut être, théoriquement, une possibilité parallèle ; une caricature peut d'ailleurs être crédible²⁴⁷¹). Dans cette dernière nous cherchons une crédibilité plus importante, dans la première le trait est volontairement forcé et le passage du modèle au réel doit tenir compte de cette caractéristique. C'est à cette seule condition de crédibilité suffisante que nous pourrions considérer que le modèle est susceptible d'expliquer quelque chose et que les résultats du modèle,

²⁴⁶⁹ Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 666. Il est cependant possible de se demander si les auteurs ne découpent pas l'histoire et la structure.

²⁴⁷⁰ Robert Sugden, *Credible Worlds : The Status of Theoretical Models in Economics*, op cit, p 129

²⁴⁷¹ Le problème pourrait être de savoir si le modèle de rationalité est une caricature ou une possibilité parallèle crédible. Nous reviendrons sur ce point par la suite. Nous réutiliserons l'idée de « l'herméneutique du soupçon » proposée par Ricœur.

s'ils passent le test empirique, seront renforcés²⁴⁷² et pourront aller au-delà de la simple logique de prédiction.

Il nous semble que le modélisateur ne peut pas ne pas tenir compte de cette contrainte, sauf à spécifier ses objectifs. L'économie du droit cherche à développer des histoires crédibles sur les phénomènes juridiques et sur les individus pris dans des relations juridiques.

2. La logique formelle et l'illusion de la prédictibilité, le critère « formel »

Dès lors que nous souhaitons disposer d'un modèle empiriquement testable, celui-ci doit pouvoir conduire à des prédictions univoques. Plus précisément, dès lors que l'économie souhaite mimer l'épistémologie hypothético-déductive des sciences physiques, elle tente d'en mimer la méthodologie. Rien n'indique cependant que le test empirique puisse se faire à travers une approche différente – en se contentant d'une idée vague de satisfaction par exemple. Les positions du modélisateur auront un impact sur le style de la modélisation. Il ne faudrait pas que la structure du modèle (formelle en règle générale) puisse expliquer un événement et son contraire, sans quoi elle peut tout expliquer (et donc rien).

Le modèle économique vise la traduction de l'histoire dans un langage non ambigu permettant d'en dégager une structure déductive. L'échec des premiers institutionnalistes proviendrait, pour beaucoup, de la trop grande liberté d'interprétation des histoires qu'ils développaient. Posner critique aussi Coase pour son rejet des méthodes formelles²⁴⁷³ et attribue les difficultés d'interprétation de son théorème à l'absence de sa formalisation, sans considérer l'intérêt de ce rejet de la formalisation²⁴⁷⁴.

Il n'est donc pas étonnant que l'histoire soit retranscrite, dans les modèles économiques modernes, dans un langage formel, langage non ambigu car il ne contient pas de « sens » par lui-même²⁴⁷⁵. Ce langage formel – les mathématiques – impose certaines contraintes concernant la modélisation du comportement des entités ou des relations entre ces entités. Nous avons déjà eu

²⁴⁷² Robert Sugden, *Credible Worlds : The Status of Theoretical Models in Economics*, op cit, p 133. Sugden ne considère pas que la caricature puisse être considérée comme susceptible de conduire à une interprétation du monde à partir du modèle. Il écrit ainsi « *The suggestion of this chapter is that the gap between model world and real world can be filled by inductive inference. On this account, models are not internally consistent sets of uninterpreted theorems; but neither are they simplified or abstracted or exaggerated descriptions of the real world. They describe credible counterfactual worlds. This credibility gives us some warrant for making inductive inferences from model to real world* » (ibid).

²⁴⁷³ Richard Posner, *Overcoming Law*, op cit, p 416, 419 ou encore p 420

²⁴⁷⁴ Il nous semble que Coase agit à dessein en refusant de masquer une complexité du monde afin de faciliter le questionnement.

²⁴⁷⁵ Nous pouvons donc considérer que le langage est ambigu car il est possible de lui attribuer un sens en fonction de l'interprétation de la structure que nous pouvons réaliser.

l'occasion de spécifier l'intérêt du langage formel lorsque nous avons développé la logique du pragmatisme, nous n'y reviendrons donc pas (nous mentionnerons quelques éléments supplémentaires dans le dernier chapitre de cette thèse).

C'est à travers cette contrainte que nous pouvons comprendre l'attachement de l'économie au modèle néoclassique de rationalité et à une logique de comportement relativement « simple ». Celle-ci a l'avantage de pointer vers une solution normalement unique à travers le postulat de maximisation de l'utilité et l'hypothèse d'information parfaite ou acquise de façon optimale (malgré le paradoxe de cette dernière formulation). En effet, si le modèle est un modèle de satisfaction, plusieurs solutions sont envisageables et, à moins de pouvoir dégager l'espace des solutions potentielles, ce modèle ne pourra pas servir dans une logique de déduction. Si nous concevons la rationalité comme l'action en fonction d'heuristiques dépendantes de notre perception du monde, le modèle ne peut pas non plus être parfaitement déductif puisqu'il faudrait traduire dans le modèle, l'idée de perception du monde et l'idée d'heuristique (laquelle est généralement liée à l'expérience). Ce type de rationalité peut être utilisé dans les modèles évolutionnaires où nous supposons qu'à chaque instant chaque agent imite l'agent de son voisinage qui a le mieux réussi. Ces modèles sont cependant peu utilisés en analyse économique du droit.

Si nous voulons que le modèle puisse expliquer, la construction du modèle doit aussi tenir compte de considérations pragmatiques. Le modèle doit être suffisamment simple pour que l'explication ne soit pas perdue dans les mathématiques. Idéalement toute formulation mathématique doit pouvoir être retranscrite dans le langage courant. *Les mathématiques servent simplement à clarifier les ambiguïtés du langage.* Nous retrouvons ici une des raisons de la complexification par étape du modèle. Nous souhaitons comprendre certaines relations avant d'envisager l'impact d'un ensemble de relations. Ceci suppose que la résultante totale soit un composé de forces (postulat de l'atomicité).

Ces différentes contraintes biaisent la modélisation proposée ; si le modèle souhaite répondre à une question, il doit le faire en respectant une certaine forme. Cette considération méthodologique (disposer d'une analyse économique) agit, elle aussi, sur l'évaluation des résultats des modèles économiques des phénomènes juridiques²⁴⁷⁶.

²⁴⁷⁶ Nous pouvons retrouver la logique kuhnnienne, en supposant que l'évaluation du modèle dépende en partie d'une « communauté scientifique » et donc d'une comparaison avec un paradigme spécifique.

§2. Le modèle comme ceinture de protection de la théorie face à la validation empirique

« The question was – and still is – how a balance between rigidity and openness, between a discipline's core values and the varied situations to which it applies, is struck and maintained. Problems begin when people forget what limits they accepted in mastering the systematic procedures of their disciplines »²⁴⁷⁷

Stephen Toulmin

Pour que l'analyse économique du droit soit considérée comme une approche empiriquement pertinente, il est nécessaire de la « tester » à travers les modèles ayant une orientation économique. Ce qui est testé est donc moins la théorie que les résultats du modèle issu de la théorie ; le modèle protège donc la théorie qui lui est sous-jacente (A). Lakatos évoque l'image de la ceinture de protection. Nous partageons son approche sur ce point. Ce problème est d'ailleurs renforcé en analyse économique du droit puisqu'il n'existe pas une mais plusieurs analyses économiques du droit. Rien n'empêcherait de considérer qu'il existe des bonnes et des « mauvaises » analyses économiques du droit. Les différents sous-programmes scientifiques pourront d'ailleurs être potentiellement testés, même si les orientations qu'ils proposent empêchent une véritable hiérarchisation entre eux sans considération pour la question posée et les attentes de « l'évaluateur ». Les remarques que nous formulerons dans ce paragraphe sont aussi valables pour les sous programmes scientifiques.

Les modèles économiques ajoutent fréquemment une clause qui vise à renforcer encore la protection offerte au modèle (et donc à la théorie) face à une validation empirique, la clause *ceteris paribus* (toutes choses égales par ailleurs) (B). Saisir la signification épistémologique de cette clause est indispensable pour apprécier la validité empirique du modèle et l'écart entre le monde artificiel du modèle et le monde réel.

Nous continuons ici à explorer les difficultés inhérentes à l'appréciation de la validité des résultats et des explications proposées par l'approche économique du droit. *L'analyse économique du droit ne peut avancer que masquée par les modèles qui la représentent*, elle ne peut jamais être étudiée de façon « pure » si nous souhaitons tester sa validité empirique. Elle n'est qu'un codage, un point de vue, dont la validité ne peut pas être davantage testée qu'une philosophie du soupçon.

²⁴⁷⁷ Stephen Toulmin, *Return to Reason*, op cit, p 42

A. Les présupposés relatifs aux hypothèses du modèle, la protection de la méthode

Lors de nos développements sur la construction des modèles économiques nous ne nous sommes pas suffisamment intéressé à l'idée de ce qui fait qu'un modèle est considéré comme économique. Nous avons simplement exposé le problème de la modélisation en général – même si nos remarques visaient surtout la modélisation en économie. Si nous voulons pouvoir tester la validité des méthodes économiques, il est nécessaire que le modèle traduise cette méthode à travers son modèle et son appréhension d'une réalité ; si le modèle se veut économique, il doit respecter les présupposés définitionnels de cette méthode (1).

Ces présupposés ne constituent pas des marges de manœuvres ; il s'agit de postulats. Il serait donc illusoire de considérer que la validation empirique puisse parfaitement atteindre ces présupposés (2) (dans la mesure où la méthode ne dicte pas une méthode de résolution des choix dans la construction du modèle). Elle peut les approcher, nous pousser à nous interroger mais elle ne peut jamais être parfaitement conclusive relativement à la méthode puisqu'il sera toujours possible d'adapter les autres éléments du modèle pour qu'il retrouve une certaine pertinence.

1. Des présupposés définitionnels de la méthode, contrainte implicite

La méthode économique est avant tout un codage. Il s'agit de percevoir le monde à travers un prisme spécifique. Dans le premier titre de cette thèse, nous avons identifié les constituants de ce prisme (rationalité et efficacité avec un accent tout particulier sur le premier membre) et les différentes variantes de ces constituants. Il est donc inutile d'y revenir ici. *Le modèle, pour être considéré comme économique se doit de réutiliser ce codage des phénomènes.*

Ce code a un impact certain dans la construction du modèle. En effet, maîtriser une discipline particulière, c'est apprendre à reconnaître les entités déterminantes et les simplifications possibles²⁴⁷⁸ ; *apprendre une discipline, c'est apprendre à catégoriser en fonction des catégories de la discipline.* Face à une situation, un juriste pourra identifier, sans véritablement percevoir que son approche est influencée par sa théorie, les problèmes juridiques qui pourront se poser ou certains d'entre eux. De même, l'économiste est entraîné à percevoir le réel sous l'angle de l'économie. L'approche de l'individu n'est donc jamais parfaitement neutre et, pour apprécier la connaissance fournie par une approche, il est nécessaire d'en connaître les absences.

²⁴⁷⁸ Ce point est développé par Stephen Toulmin, *Return to Reason*, op cit, p 42

Dès lors que l'analyse économique suppose l'individualisme méthodologique, les phénomènes juridiques devront être appréhendés et expliqués à partir du comportement des individus et non à partir du fonctionnement de groupes d'individus (sauf si ce fonctionnement peut être expliqué par un fonctionnement des individus à l'intérieur de ce groupe) ou d'entités non « humaines » (la mode, la justice). Ce point ne fait pas partie des hypothèses que nous pouvons tester empiriquement. Il s'agit d'un postulat, d'une condition d'économicité. L'histoire qui accompagnera le modèle ne s'intéressera donc pas à d'autres entités que les entités humaines comme les animaux ou l'environnement (qui ne sont pas, économiquement, dotés d'une rationalité). Ces considérations ne seront des considérations économiques que si elles sont médiatisées par les préférences des individus (c'est implicitement la logique de la maximisation de la richesse). *En économie, l'homme est véritablement la mesure de toute chose et rien n'a de valeur « en soi ».* L'approche économique est cynique au sens wildien et ainsi largement a-morale par construction.

Pour que l'analyse économique puisse s'exprimer, il est nécessaire que ces entités individuelles aient à faire face à des choix. Du point de vue de l'analyse économique, toute action résulte d'un choix. L'économiste sera ainsi conduit à rechercher (et à se focaliser sur) les choix qu'un individu aura à réaliser. Evoquer le choix, c'est évoquer la rationalité et l'approche de la décision comme processus linéaire (identification des opportunités, évaluation des opportunités, choix) donc formalisable et non comme processus de découverte ou processus plus complexe²⁴⁷⁹.

Ces choix ne pourront être réalisés qu'en fonction de coûts et de bénéfices qui sont nécessairement subjectifs et qui ne se révèlent véritablement qu'une fois le choix réalisé : les paramètres du choix dépendent de considérations individuelles inobservables en raison de leur nature sociale et subjective. L'économiste restera persuadé que les choix de l'individu dépendent de coûts et de bénéfices ; cette considération est, elle aussi, impossible à tester empiriquement (*infra*). *L'économie du droit se positionne alors comme philosophie articulée des phénomènes juridiques.*

Cette structure générale, que nous avons réutilisée sans l'expliquer pour identifier les espaces de liberté du modélisateur, constitue le socle de l'approche économique du droit. Cette approche est nécessairement biaisée et n'est pas considérée par le modélisateur comme ayant une influence sur l'appréciation de la validité du modèle construit. Ce n'est pas elle que le modélisateur souhaite tester ; il en oublie les biais et protège inconsciemment l'analyse économique comme méthode générale d'approche des phénomènes juridiques.

²⁴⁷⁹ Par exemple, Lucien Sfez, *Critique de la Décision*, op cit, indique certaines directions possibles (l'ouvrage dispose d'un chapitre visant à critiquer la linéarité). Ces directions ont évidemment un impact sur les tests de la théorie et, pratiquement, sans linéarité, la logique scientifique de validation est délicate à mettre en œuvre.

Si nous ajoutons les différentes approches économiques du droit, le problème se complexifie. Le *Behavioral Law & Economics* ne cherchera pas à sauver systématiquement le postulat de rationalité contrairement à une approche économique posnérienne²⁴⁸⁰. Les néoinstitutionnalistes insisteront tout particulièrement sur les coûts de transaction qui seront plus facilement négligés par les partisans de l'école de Chicago. Les approches évolutionnaires tenteront d'expliquer les comportements a priori irrationnels ou ne collant pas à tel ou tel type de rationalité. Ils pourront ainsi tenter de rationaliser l'altruisme, les considérations pour la justice ou encore la fonction des émotions. De même, la diversité des approches conduira les économistes du droit à s'interroger sur des problèmes différents²⁴⁸¹. Les institutionnalistes ne s'intéresseront pas aux mêmes problèmes que les partisans de l'économie des choix publics ou que les partisans de l'école de Chicago.

Il est inutile d'aller plus loin pour notre propos. *Les présupposés de la méthode orientent le regard du modélisateur si bien qu'il aura tendance à ne percevoir que ce qu'il peut théoriser dans le cadre de sa discipline et des méthodes auxquelles il adhère.* Saisir ce biais est d'une importance cruciale pour apprécier la validité des résultats de l'analyse économique du droit.

2. Des présupposés intouchables ? La thèse de Duhem-Quine

Le problème que nous souhaitons aborder ici est parfaitement exprimé par Poincaré : « *Si nous construisons une théorie fondée sur des hypothèses multiples, et, si l'expérience la condamne, quelle est parmi nos prémisses celle qu'il est nécessaire de changer ? Il sera impossible de le savoir. Et inversement, si l'expérience réussit, croira-t-on avoir vérifié toutes ces hypothèses à la fois ? Croira-t-on avec une seule équation avoir déterminé plusieurs inconnues ?* »²⁴⁸². Autrement dit, pouvons-nous réellement tester empiriquement l'approche économique du droit dans la mesure où il sera toujours possible de modifier certains paramètres du modèle afin de faire correspondre les prédictions du modèles au test empirique ?

Le test d'une théorie concerne une totalité d'hypothèses et non une hypothèse spécifique. Nous retrouvons la thèse dite de Duhem Quine²⁴⁸³. Il ne s'agira pas ici de revenir dans le détail sur la

²⁴⁸⁰ Souvenons nous que pour sauver l'approche néoclassique, Posner a été obligé de postuler un moi multiple. Cette stratégie permet, elle aussi, de rendre compte d'un phénomène observé. Le problème est de pouvoir départager entre ces deux approches sur la base de considérations empiriques. Il s'agit justement du thème de ce chapitre.

²⁴⁸¹ Voir par exemple Robin Paul Malloy, *Law and Economics, A Comparative Approach to Theory and Practice*, op cit ; ou encore Nicholas Mercurio et Steven Medema, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism*, op cit

²⁴⁸² Henri Poincaré, *La Science et l'Hypothèse*, [1902] 1992, Editions de la Bohème, Reuil Malmaison, 282 pages, p 178

²⁴⁸³ Cette appellation fait référence aux deux principaux auteurs mentionnant le problème et ayant construit des théories à partir d'eux. Pierre Duhem, physicien français, développe cette idée dans Pierre Duhem, *La Théorie Physique : Son Objet et Sa Structure*,

portée philosophique de cette thèse (et notamment sur la distinction entre les énoncés analytiques et les énoncés synthétiques). Nous souhaitons apporter quelques éléments pour saisir la difficulté théorique de considérer le test empirique comme la source de la validation des résultats de la théorie, notamment en sciences sociales.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, le modèle constitue une variable d'ajustement qu'il est possible d'utiliser afin de sauver la théorie. Si le test empirique n'est pas concluant, quelle hypothèse ou paramètre doit être modifié(e) ? Le modélisateur sera conduit, naturellement, à sauver la théorie et amendant son modèle et il dispose en la matière de nombreuses variables d'ajustement. Il pourra rajouter des entités ou en enlever, modifier les relations entre les entités ou encore jouer sur la temporalité (*infra*). Comme le choix n'est pas dicté par la théorie, il sera même parfaitement libre de le faire.

Cette pratique est fondamentale pour le développement des connaissances mais elle postule la validité de l'approche générale (lorsqu'elle est suffisamment entourée d'hypothèses pour n'être touchée qu'en dernier recours) pour nous fournir des connaissances. Si nous acceptons telle ou telle hypothèse de rationalité alors celle-ci sera considérée comme valable et le jeu du dialogue entre le modèle et le test empirique sera de modifier le modèle afin que l'hypothèse de rationalité soit protégée. En soi, cette pratique nous conduit à rechercher de nouveaux paramètres susceptibles d'entrer en ligne de compte et améliore notre boîte à outils pour penser les phénomènes. Les idées de dépendance par rapport au chemin ou d'hystérèse sont pertinentes pour rendre compte d'un réel perçu mais rien n'indique qu'il soit possible de parfaitement prévoir quand ce type de phénomène pourra survenir (même si nous avons identifié quelques paramètres). De même, l'idée de coût de transaction peut apparaître nécessaire pour que l'idée de rationalité puisse être sauvegardée (finalement il s'agissait de comprendre pourquoi il peut être rationnel de constituer une firme et ceci n'est possible qu'en créant une nouvelle catégorie de coûts, ou en postulant que les individus préfèrent être ensemble). Il s'agit simplement d'une possibilité à prendre en compte si nous adhérons au modèle sous-jacent de la discipline.

Néanmoins quelle est la légitimité de la démarche dans la mesure où elle va postuler que certaines hypothèses sont intouchables et donc « empiriquement » valables même sans test empirique (si

1906, Chevalier et Rivière, Paris, 450 pages, par exemple p 238 : « Une expérience en physique est l'observation précise d'un groupe de phénomènes accompagné de l'interprétation de ces phénomènes : cette interprétation substitue aux données concrètes réellement recueillies par l'observation des représentations abstraites et symboliques qui leur correspondent en vertu des théories que l'observateur admet », voir aussi pp 253-254. Pour Quine, voir Willard Quine, *Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism*, op cit, par exemple p 38 : « our statements about the external world face the tribunal of sense experience not individually but only as a corporate body ». La citation en début de chapitre fait aussi explicitement référence à la thèse dite de Duhem-Quine.

nous supposons qu'elle adhère à ce type d'épistémologie) ? Comment interpréter les nouveaux outils construits ? En économie, il est toujours possible d'expliquer un fait qui contredit la théorie en postulant de nouvelles préférences. Par exemple, il existe une préférence civique qui explique que le taux d'abstention ne soit pas plus élevé lors des élections, il existe une préférence pour la justice, etc... Cette stratégie constitue l'économie en cosmogonie infalsifiable puisque tout peut être rationalisé ainsi²⁴⁸⁴. La rationalisation peut aussi aller encore plus loin lorsque la nouvelle préférence identifiée sera rationalisée sur des bases évolutionnaires.

L'échec empirique répété peut conduire à la modification de la théorie sous-jacente lorsque le « rafistolage » du modèle conduit à des hypothèses qui peuvent sembler absurdes (l'hypothèse n'est donc pas falsifiée empiriquement mais en fonction de considérations a priori)²⁴⁸⁵. Considérer par exemple que l'information est obtenue optimalement suppose que l'individu puisse décider de l'intérêt d'acquérir une autre information donc qu'il soit capable d'évaluer la valeur de cette information, ce qu'il ne pourra faire que s'il la connaît ! Il est vrai que cette approche conduit à des simplifications méthodologiques qu'il ne faut pas non plus négliger mais si l'objectif est une meilleure compréhension du monde, l'hypothèse d'information optimale ne tient plus la route (au regard de notre propre subjectivité). Certains interprètent les travaux de Arrow et Debreu en matière d'équilibre général de la même manière. Comme les conditions théoriques de validité de l'approche sont impossibles, le modèle vise surtout à critiquer les théories fondées sur ce type d'approche²⁴⁸⁶.

Une théorie survivra jusqu'à l'apparition d'une nouvelle théorie susceptible de répondre de façon plus *satisfaisante* à la plupart des problèmes envisagés par la théorie précédente (si nous supposons que la théorie ancienne repose sur un socle suffisamment malléable) mais aussi à de nouveaux problèmes. La présence de différents types d'analyse économique traduit des considérations de la part des tenants de chacune des théories : chacun considère que *leur* théorie est « meilleure » au regard des questions auxquelles *ils* souhaitent répondre²⁴⁸⁷.

²⁴⁸⁴ La même critique pourrait être adressée à la sociologie de Bourdieu et à être adressée à la psychologie freudienne. Il est parfois possible de se demander si certaines approches juridiques ne jouent pas aussi à ce jeu de la cosmogonie.

²⁴⁸⁵ Nous retrouvons ici une logique d'apprentissage en double boucle. L'individu commence par réviser son modèle avant de réviser la théorie sous-jacente au modèle. Le problème est de savoir quand arrêter le rafistolage pour développer une nouvelle théorie ou quand le continuer ; l'arbitrage entre exploitation et exploration refait surface.

²⁴⁸⁶ Une telle approche est formulée, par exemple, par Olivier Favereau.

²⁴⁸⁷ Ceci pose donc la question de ce qui est « meilleur ». Il ne nous semble pas qu'il y ait de réponse *scientifique* à cette question (*infra*)

Nous avons ici envisagé la situation dans laquelle la théorie est invalidée. Il reste que les résultats de la théorie peuvent être validés ou peuvent le laisser croire. Dans un tel cas, le problème sera de savoir si, effectivement, la théorie et notamment le lien causal à l'intérieur du modèle est valable ; nous sommes renvoyés aux considérations d'induction mentionnées par Sugden.

Cette question sera abordée plus en détails dans la suite de nos développements. Signalons simplement que si nous adhérons à l'épistémologie poppérienne, le problème n'est pas de valider mais de falsifier et donc de produire des faits susceptibles de contredire la théorie, ce qui semble être difficilement le cas en raison même des marges d'adaptation des modèles économiques lors des confrontations aux faits. Nous pourrions constater qu'en analyse économique du droit, il existe souvent une confusion entre ces deux approches et que les falsificationnistes sont souvent de simples vérificationnistes²⁴⁸⁸.

B. le problème de la clause *ceteris paribus*, une protection de la théorie sous-jacente au modèle

Le problème posé par la thèse de Duhem-Quine est renforcé par l'ajout de la clause « toutes choses égales par ailleurs »²⁴⁸⁹. Cette clause est souvent mentionnée sous son nom latin *ceteris paribus*²⁴⁹⁰. Autrement dit, les résultats des modèles pourraient être valables sans pour autant que le modèle ne spécifie l'ensemble des conditions de la validité de ses résultats (en dehors des hypothèses qu'il fait). Il s'agit au mieux d'informations conditionnelles dont les conditions ne sont donc pas spécifiées.

Du point de vue de l'évaluation empirique des modèles, cette clause a certainement des implications non négligeables (puisque si les conditions ne sont pas spécifiées, comment savoir si nous les avons réfutées ?). Sa signification et sa portée restent cependant délicates à bien identifier. En un sens, cette clause signifie que le modèle reconnaît des « absences » par rapport au monde réel (1) et permet ainsi de bien distinguer le monde du modèle et le monde réel. Cette clause peut aussi être perçue comme restreignant – tout en étant nécessaire – la possibilité de

²⁴⁸⁸ Cette confusion est par exemple notée par Jeanne Schroeder, *Just So Stories*, op cit

²⁴⁸⁹ Étrangement ce lien n'est jamais, à notre connaissance, mentionné par les auteurs étudiant la portée de la clause *ceteris paribus*.

²⁴⁹⁰ Pour une brève histoire de l'utilisation de cette clause en économie, voir Joseph Persky, *Retrospectives : Ceteris Paribus*, 1990, *Journal of Economic Perspectives*, vol 4, pp 187-193. William Petty serait l'un des premiers à l'avoir utilisée. Sa popularisation en économie est cependant due à Marshall et à son approche en termes d'équilibre partiel. Techniquement, cela devrait être *Caeteris Paribus*.

validation empirique du modèle (2). Elle sert ainsi à renforcer la protection offerte par le modèle à sa théorie sous-jacente. Les résultats du modèle ne seraient donc, dans une conception radicale, qu'analytiques et ne pourraient pas être empiriques²⁴⁹¹.

C'est uniquement en saisissant le sens possible de cette clause que l'appréciation de la confrontation de la théorie aux faits peut être réalisée, ou plus précisément peut être évaluée avec un plus grand degré de validité.

1. La nécessité de la reconnaissance des absences

En précisant que les résultats du modèle sont valables toutes choses égales par ailleurs, le modélisateur indique qu'il ne nous fournit qu'une indication partielle, qu'il ne tient pas compte de l'ensemble des causalités possibles et qu'il ne s'intéresse généralement qu'à une ou un petit nombre d'interrelations spécifiques. Il ne fait que « styliser » l'environnement afin de rendre son traitement plus aisé ; il essaye d'identifier le jeu d'une force spécifique ou d'une combinaison de forces. De même, cette clause signifie que le monde du modèle est un monde stable ou au moins entièrement prévisible puisqu'à l'intérieur de celui-ci, le « toutes choses égales par ailleurs » n'intervenant pas, les résultats sont strictement déductifs.

Toutes choses égales par ailleurs, l'augmentation de la sanction pour tel ou tel comportement tend à désinciter les gens à se comporter ainsi. Une telle affirmation constitue le principe général utilisé en analyse économique du droit (ce principe ne fait que traduire la « loi » de l'offre et de la demande). Ce principe suppose que l'atomisme peut servir à la compréhension des phénomènes globaux (ce qui pose la complication du degré optimal pour ce dernier). Malheureusement les économistes spécifient rarement ce que peut recouvrir la clause (les *cetera*). Nous considérons implicitement que le choix proposé à l'agent est unique : il peut faire plus ou moins de ce comportement, sans égard pour les nouvelles options qui peuvent s'ouvrir à lui (notamment si nous considérons des comportements substituables ou complémentaires), sans égard pour l'absence de stabilité du monde (il n'existe aucune innovation), sans égard pour l'ensemble du tissu d'incitations dans lequel il se trouve et, bien évidemment, sans égard pour la modification des préférences. Le problème sera alors de déterminer le contenu « empirique » des résultats du modèle et de la « corrélation » qu'il met en évidence (*infra*).

²⁴⁹¹ Nous retrouvons alors l'approche de Quine. En économie, voir par exemple, Daniel Hausman, *Ceteris Paribus Clauses and Causality in Economics*, 1988, *PSA : Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, vol 2 : Symposia and Invited Papers, pp 308-316. Nous reviendrons sur ce problème dans la suite de nos développements.

Cette clause pourrait expliquer que l'analyse économique du droit ne tienne pas compte de l'ensemble du tissu normatif (c'est-à-dire de l'ensemble des autres ordres sociaux et des imbrications à l'intérieur du système juridique ; on ne tient compte que d'une seule norme et on considère que l'individu ne réagit qu'à cette norme) lorsqu'elle cherche à comprendre les conséquences d'une règle juridique particulière, même si, pour le monde réel, une telle considération peut modifier radicalement les conclusions du modèle (et même le rendre incertain²⁴⁹²).

De même, les rétroactions relatives aux opportunités des différentes actions possibles ne sont pas prises en compte alors que rien n'indique que le rétablissement de l'équilibre (efficient) concernant ce comportement spécifique (le marché relatif à ce comportement) aura, du point de vue de l'économie globale, un effet positif en termes d'efficacité (il pourra conduire à la déstabilisation d'autres marchés). C'est à partir de ce type d'idée que nous retrouvons l'approche développée par Lipsey et Lancaster²⁴⁹³ : le problème de l'interrelation entre les marchés n'est pas bien saisi lorsque nous raisonnons en équilibre partiel et il est alors nécessaire de qualifier les résultats obtenus. En effet, *un système de prix n'est qu'un système relatif, si bien que la modification d'un « prix » aura nécessairement des effets sur les prix « quelque part » ailleurs dans le système. Ces effets ne peuvent cependant pas être parfaitement négligés si le problème est celui de l'efficacité ou si l'économie se souhaite normative, ou même descriptive.*

Ceci ne signifie pas que l'économie du droit ne reconnaisse pas les possibles interrelations entre les ordres sociaux (voire entre les normes d'un système juridique pris comme totalité) ou considère que le monde est nécessairement stable. Bien au contraire, une telle clause vise à marquer l'écart entre le modèle et la réalité (*infra* pour une autre interprétation). Néanmoins, cet écart se doit d'être suffisamment réduit si nous voulons que les résultats du modèle puissent conserver une certaine pertinence empirique. La corrélation mise au jour est difficilement utilisable lorsque les *cetera* précisés ou non ont un impact non négligeable (notons d'ailleurs qu'il est difficile de déterminer cet impact sans supposer que quelque chose est constant).

²⁴⁹² Posner présente les éléments que le juge prend en compte dans sa décision en se contentant de les lister, sans essayer de les modéliser, si bien que son approche est infalsifiable.

²⁴⁹³ Voir nos développements sur notre chapitre consacré à l'efficacité. Cette théorie, si elle est véritablement prise en compte, ruine nécessairement toute prétention normative pour l'analyse économique du droit. L'image du rubick's cube nous semble intéressante : faire une face ou deux, ne garantit pas que nous sommes proches de la résolution du cube et faire une face suppose modifier les autres faces. L'interrelation est difficile à prendre en compte mais déterminante pour la résolution du problème. Ce type de raisonnement se retrouve aussi dans James Buchanan, *Ceteris Paribus, Some Notes on Methodology*, 1958, *Southern Economic Journal*, vol 24, pp 259-270. L'article est donc contemporain de celui de Lipsey et Lancaster (et s'en rapproche d'ailleurs), sans pour autant que Buchanan ne le mentionne.

Le problème est alors de déterminer lorsque cette abstraction est pertinente : quand le modèle sera-t-il jugé trop « simple » pour avoir un véritable contenu empirique et quand sera-t-il jugé trop « complexe » pour nécessiter une « simplification »²⁴⁹⁴ ? Pour pouvoir trancher ces questions, il faudrait pouvoir déterminer ce qui est effectivement négligé par le modèle, et ce d'une façon plus concrète que l'illustration que nous avons présentée : le modèle n'est donc pas une retranscription mais un outil d'inspection du monde. Ceci laisse penser que la clause n'est parfaitement valable que lorsque les éléments négligés ne bouleversent pas les résultats de l'analyse, ce qui suppose de pouvoir en déterminer l'impact empirique. Cette détermination n'est cependant possible que si nous disposons d'une représentation complète des effets susceptibles d'intervenir, et donc s'il n'y a rien à découvrir concernant la structure du monde (la seule chose restant à déterminer étant le paramétrage de cette structure, ce qui ne correspond pas à notre idée de science). Or, pour cela, il est nécessaire de commencer par raisonner à partir d'un modèle...

De façon moins radicale, cette clause peut simplement inciter au doute et le modélisateur peut mentionner les effets qu'il considère comme négligeables. La logique de la découverte (puisqu'il sera possible de mettre au jour des effets pertinents) à travers le modèle reste possible. Rien n'empêchera non plus de tester ou d'essayer de quantifier l'impact des interactions négligées lorsque les outils mathématiques ou les capacités de calcul sont suffisamment puissants (l'ordinateur a ainsi permis des simulations impossibles à mettre en œuvre il y a 30 ou 40 ans).

Nous pouvons enfin considérer que la clause est une commodité méthodologique : en spécifiant que le résultat du modèle est valable toutes choses égales par ailleurs, le modélisateur s'épargne la tâche, pourtant fondamentale (mais impossible), de la détermination des éléments qu'il néglige et s'assure d'une validité de son modèle. Il ne prend en compte que les éléments qu'il perçoit et, sachant que sa perception n'est pas parfaite (ou que ce qu'il perçoit ne peut que très difficilement être retraduit, de façon suffisamment simple, dans le code de l'économie), il stipule qu'il n'a certainement pas pris en compte l'ensemble des interrelations possibles. La valeur des résultats proposés est beaucoup plus relative que dans le modèle dans lequel les éléments négligés sont spécifiés. Elle nous semble cependant constituer la pratique conventionnelle en analyse économique du droit.

²⁴⁹⁴ Par exemple, en analyse économique du droit, se focaliser sur l'efficacité d'une norme fait perdre de vue la vision systémique du droit. Néanmoins, cette conception systémique ne conduit pas à penser qu'il n'est pas possible de trouver des « modules » à l'intérieur du système qui opèrent presque en isolation.

2. la clause et le problème de la validation empirique

La clause ne peut pas concerner la structure même du modèle sans poser des difficultés sérieuses. En effet, le test empirique se révèle alors inutile. Si la clause sert à affirmer que la relation est valable, toutes choses égales par ailleurs et que cette clause vise aussi les hypothèses du modèle, toute formulation logique sera valide toutes choses égales par ailleurs. Les formulations du modèle sont alors uniquement des propositions analytiques et non empiriques. Leur test est parfaitement inutile puisque les résultats ne sont que des dérivés logiques des hypothèses. Si cette conception n'est pas dénuée de sens (nous reviendrons sur cette logique de l'abduction, *infra*), en pratique le modélisateur cherche à faire plus qu'à dériver une conséquence logique d'une hypothèse. Il souhaite aussi pouvoir « montrer » que cette conséquence est *pratiquement* pertinente puisque son approche et sa théorie sous-jacente (c'est-à-dire un ensemble d'hypothèses) peuvent être transposées à un ensemble de situations (si tel n'est pas le cas, nous n'avons pas une théorie mais des considérations ponctuelles) pour prédire certains phénomènes (nous avons un phénomène de sédimentation pour protéger les hypothèses centrales de la théorie qui sont considérées, elles, comme ne faisant plus partie de ce qui est testé à travers le modèle).

Si les résultats proposés par un modèle ne sont valables que conditionnellement, c'est-à-dire lorsque les *cetera* ne sont pas supposés conduire à des variations empiriques statistiquement pertinentes²⁴⁹⁵ par rapport aux prévisions du modèle, comment analyser la validité empirique de ces résultats ? Les problèmes sont réduits lorsque ces *cetera* sont précisés et que le protocole expérimental peut neutraliser l'action de ces facteurs. En physique, le test classique revient à comparer la vitesse de chute d'une plume et d'une bille de plomb dans le vide. Ce vide peut être expérimentalement approché, voire même réalisé. En économie, comme nous pourrions le constater (*infra*), la neutralisation des paramètres parasites est beaucoup plus délicate, même lorsque ces paramètres sont bien identifiés : comment neutraliser certaines réactions lorsque le sujet est placé en interaction avec d'autres individus (sujets, expérimentateurs) ou lorsque le sujet est naturellement biaisé par sa culture, son éducation, etc. ?

Même si nous supposons ceci possible, le problème reste le suivant : affirmer que les *cetera* sont neutralisés et que l'expérimentation concerne uniquement le test des résultats d'un modèle (ce qui, en raison de la thèse de Duhem Quine est impossible), c'est supposer que l'ensemble des *cetera* pertinents a été déterminé (et même puisse être déterminé sans test empirique). Dans le monde social, une telle affirmation est suspicieuse puisque la complexité du réel (que nous postulons ici) ne peut être appréhendée que par le modèle, et que c'est le modèle qui nous aide à

²⁴⁹⁵ Nous reviendrons sur cette idée dans notre prochaine section.

démêler (et même à identifier) cette complexité. Nous supposons donc que la théorie est suffisamment « mature » pour sembler pertinente dans une classe de situations déjà définie (puisque la classe de situations fait partie des *cetera*).

La situation la plus délicate se produit lorsque les *cetera* ne sont pas précisés, car les *cetera* (ou le type de *cetera*) ne sont pas connus. Comment alors valider empiriquement des relations conditionnelles fondées sur une théorie lorsque les conditions ne sont pas précisées, si bien que l'expérimentation ne pourra pas tenter d'en réduire l'impact ?

La solution radicale serait de considérer que ceci est impossible puisque toute déviation par rapport aux résultats du modèle pourra être attribuée à l'absence, dans le monde réel ou dans la perception de ce que nous considérons être un monde réel, d'une telle clause (ou à un problème dans la mesure de l'impact du phénomène) – surtout lorsque l'évaluateur a foi dans l'hypothèse de rationalité pour approximer le comportement des individus (la théorie sur laquelle se fonde le modèle est protégée par le modèle ; plus encore, *le modèle n'est là que pour développer la théorie et ne souhaite en aucun cas la tester*). Le choix de la variable à ajuster dépend des croyances concernant cette variable (et donc la robustesse de la théorie).

Le test empirique ne semble alors pertinent que pour continuer à développer les outils issus d'une théorie (par l'ajout de nouvelles hypothèses ou de nouvelles relations²⁴⁹⁶). En soi, ceci n'est pas critiquable puisque la science suppose une démarche de recherche et donc une approche en termes d'essais et d'erreurs. La formulation d'hypothèses se constitue nécessairement autour d'un corps de « préjugés » (qui deviennent les hypothèses centrales). Une théorie n'étant pas complète dès l'origine, il serait maladroit de l'abandonner au moindre échec²⁴⁹⁷. Il faut savoir s'il est possible de la conserver en la développant ou en manipulant le modèle de façon à ce que les résultats « collent » aux faits. Les faits (tels qu'ils ressortent de l'expérimentation et de la perception) ne servent donc pas à falsifier une théorie mais à en justifier des extensions et à agir sur la satisfaction des praticiens de la théorie. L'information limitée est ainsi rationalisée dans le code néoclassique (même si la pertinence de cette justification est critiquable). L'idée de coûts de transaction apparaît nécessaire pour rendre compte de certains phénomènes. La théorie ne sera abandonnée que lorsque l'extension du modèle apparaîtra superficielle ou qu'une théorie nouvelle

²⁴⁹⁶ Si les classes possibles de *cetera* sont précisées, il s'agira principalement d'essayer de rationaliser la situation à partir de ces classes. Il sera aussi possible de construire une autre classe de *cetera* mais la justification sera alors plus délicate.

²⁴⁹⁷ La théorie newtonienne est restée valable même si elle n'arrivait pas à rendre compte du mouvement de Mercure (il existe une avance d'un angle de quelques secondes par siècle dans le périhélie de l'orbite de Mercure), problème résolu par l'approche en termes de relativité générale. Cette théorie reste tout de même utilisée à l'heure actuelle en raison de sa plus grande simplicité.

permettra d'expliciter une classe de phénomène de façon plus « satisfaisante »²⁴⁹⁸. Cette pratique diverge cependant du falsificationnisme prêché par les économistes et oblige à nuancer la portée des résultats des modèles.

Section 2. Les problèmes pratiques de la validation empirique en analyse économique du droit

« L'humeur méthodologique dominante ne se contente pas seulement de protéger étroitement la théorie économique reçue, elle est également ultra permissive dans les limites des « règles du jeu » : pratiquement n'importe quel modèle fera l'affaire pourvu qu'il soit formulé rigoureusement, élégamment construit et prometteur de correspondances potentielles avec les situations du monde réel. [...] Les économistes modernes prêchent souvent l'infirmaryisme [...] mais ils le pratiquent rarement : la philosophie des sciences qu'ils utilisent peut se décrire comme un « infirmaryisme inoffensif » »²⁴⁹⁹

Mark Blaug

Dans la précédente section nous nous sommes intéressé à la logique de la modélisation, au socle de la validation empirique et ainsi au moyen d'expression de l'analyse économique du droit. Nous explorerons ici plus directement la question du test empirique de l'approche économique du droit (à travers les modèles se réclamant d'une de ses formes) : la confrontation de la théorie aux faits est-elle susceptible de nous fournir une connaissance certaine ? Le test empirique en matière d'analyse économique du droit peut-il être conclusif ? Peut-on réellement falsifier les résultats proposés par l'analyse économique du droit ? Peut-on se fier (et si oui, pourquoi) aux prédictions de l'analyse économique du droit ?

Comme l'indique Blaug, mais il n'est pas le seul²⁵⁰⁰, la méthodologie prêchée par les économistes diffère de la méthodologie effectivement appliquée par eux et rares sont les économistes qui tiennent véritablement compte de la nature différente des faits avec lesquels ils doivent traiter et de la nature de l'environnement dans lequel ils forment des prédictions.

²⁴⁹⁸ Cette idée sera développée dans la prochaine section. Nous partageons le point de vue de Feyerabend sur son flou.

²⁴⁹⁹ Mark Blaug, *La Méthodologie Economique*, op cit, p 111

²⁵⁰⁰ Voir par exemple Herbert Hovenkamp, Positivism in Law & Economics, op cit, notamment p 822 ; Vernon Smith, Theory, Experiment and Economics, 1989, *Journal of Economic Perspectives*, vol 3, pp 151-169, p 151 ; voir aussi, pour des développements plus théoriques et plus profonds sur cette question, Anne Martin, Empirical and a Priori in Economics, 1964, *British Journal for the Philosophy of Science*, vol 15, pp 123-136.

Focalisés par les succès des méthodes des sciences physiques²⁵⁰¹, peu d'économistes se sont intéressés à la possibilité de transposer celles-ci dans le domaine des sciences humaines²⁵⁰². Friedman, adoptant une vision instrumentale des disciplines, peut ainsi considérer qu'une théorie ne peut être jugée qu'en fonction de ses succès prédictifs²⁵⁰³ et que l'irréalisme des hypothèses n'est pas rédhibitoire (nous ne reviendrons pas ici sur les difficultés du « test » des hypothèses, nous considérons que seuls le pouvoir prédictif des modèles est pertinent). La théorie n'est donc pas, de ce point de vue, explicative mais strictement prédictive. Elle ne nous dit pas ce qu'est l'objet ou la relation étudiée (elle n'explique qu'une perception de l'objet à travers un langage spécifique), elle ne s'intéresse qu'à ses conséquences (et uniquement à certaines de ses conséquences).

Nous examinerons ici uniquement l'analyse économique du droit. S'il est certain que les débats relatifs à la science économique rejaillissent sur l'analyse économique du droit, notre propos n'est pas une critique de la méthode²⁵⁰⁴ mais une interprétation des résultats proposés : la stratégie de confrontation aux faits permet-elle d'utiliser les résultats de l'analyse économique du droit ? Nous permet-elle de mieux comprendre les mécanismes en jeu et ainsi de mieux comprendre le jeu du droit ?

Schroeder a montré, à l'instar d'Hovenkamp, dans le cadre de l'analyse économique du droit, que le falsificationnisme prôné par Posner et Friedman n'est qu'une forme de vérificationnisme²⁵⁰⁵. Si tel est le cas – ce que nous pensons aussi –, la nature épistémologique des résultats proposés par l'analyse économique du droit doit être qualifiée, car la potentielle correspondance n'est pas suffisante pour établir une « connaissance » et rien n'indique qu'il soit possible de se fier aux

²⁵⁰¹ Et l'apparition d'un prix « Nobel » d'économie (qui en fait a été créé par la banque de Suède) a consacré, symboliquement, la dimension scientifique de l'économie. Notons à ce propos que l'économie expérimentale n'a été consacrée qu'une seule fois (Kahneman et Smith en 2002). Ce prix a cependant été attribué assez régulièrement à des économistes dont les travaux ne se résument pas simplement à de l'exploration conceptuelle mais qui ont aussi une dimension « empirique » ou facilitent le test empirique (il suffit de penser aux récompenses attribuées concernant l'économétrie... qui reste cependant avant tout théorique même si elle facilite le test empirique). L'exploration conceptuelle nous semble prédominante dans l'attribution de ce prix.

²⁵⁰² Il s'agit d'ailleurs d'un des thèmes principaux de Friedrich Hayek, *The Counter Revolution of Science*, op cit. Voir aussi Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit. D'une manière générale, les économistes considérés comme « autrichiens » critiquent l'approche scientifique prônée en économie moderne. Pour eux, un certain apriorisme est nécessaire. Nous partageons largement cette représentation des choses.

²⁵⁰³ Sur l'épistémologie friedmanienne, voir nos développements dans le chapitre sur la rationalité.

²⁵⁰⁴ Pour une bonne introduction à ces questions, outre Blaug, voir notamment Clive Beed, *Philosophy of Science and Contemporary Economics: An Overview*, 1991, *Journal of Post Keynesian Economics*, vol 13, pp 459-494.

²⁵⁰⁵ Jeanne Schroeder, *Just So Stories*, op cit.

prédictions économiques (et encore moins aux « causalités » mises en évidence). Il suffit de se remémorer la remarque de Poincaré (*supra*).

Nous montrerons tout d'abord que les modèles économiques du droit ne sont pas construits à partir des épistémologies affichées. Bien souvent la validation empirique n'est pas ce qui est recherché et les propositions falsifiables sont absentes des raisonnements. Nous ne nous contenterons pas d'analyser uniquement la question de la falsifiabilité mais l'ensemble des difficultés survenant de la confrontation des modèles économiques des phénomènes juridiques aux « faits » empiriques. Notre objectif sera de chercher à comprendre la valeur d'une prédiction économique en termes de connaissance des phénomènes juridiques.

Le premier problème touche la possibilité de réaliser des tests permettant de valider ou d'infirmer les résultats des modèles issus de l'analyse économique du droit (§1). Le second problème touche l'interprétation des résultats obtenus par une confrontation de la théorie aux faits (§2). En quoi cette confrontation nous permet-elle de mieux « comprendre » un phénomène légal ou nous permet-elle de mieux décider en matière de droit ? Nous retrouverons le problème soulevé par la thèse de Duhem Quine et la clause *ceteris paribus* dans un cadre plus « concret ».

Cette stratégie de justification de la valeur de l'analyse économique du droit est aussi imparfaite que la précédente²⁵⁰⁶ car cette valeur ne peut pas être « prouvée » de façon décisive : tout fait empirique est rationalisable dans le code de l'économie (parce que le fait n'est perçu qu'à travers le code). Si ces stratégies nous permettent d'améliorer notre degré de « certitude » concernant les mécanismes à l'œuvre, cette certitude est inatteignable et repose sur des préconceptions du monde, sur une forme de satisfaction et de croyance. Le doute nous semble d'ailleurs être une condition du bon usage de l'analyse économique du droit (*infra*), et le fait que peu d'économistes aient réussi à atteindre la richesse est certainement un élément incitant au doute quant à leurs méthodes et au pouvoir prédictif de l'analyse économique.

²⁵⁰⁶ Ce qui ne veut pas dire que le test empirique n'est pas « utile » à l'analyse économique du droit.

§1. Les problèmes liés aux tests de validation empirique

« *Much of economic theorizing consists not of an overt search for economic laws, not of forming explicit hypotheses about situations and testing them, but of investigating economic models* »²⁵⁰⁷

Allan Gibbard et Hal Varian

Tester une proposition formulée par un modèle se revendiquant de l'analyse économique du droit suppose de pouvoir identifier ce qui, dans le modèle, constitue une proposition testable empiriquement (A). Idéalement, le modélisateur devrait même pouvoir être capable de formuler un fait susceptible de contredire la théorie sous-jacente au modèle (une proposition falsifiable), ou au moins de réduire les classes de paramètres ajustables suite à un test empirique non concluant. Du moins, tel serait la situation si l'objectif des modélisateurs était de proposer des modèles compatibles avec l'épistémologie prônée.

En analyse économique du droit, ceci est rarement le cas – sans que la valeur de l'analyse économique puisse être totalement remise en cause sur cette base. En effet, une grande partie des modèles touche davantage l'exploration conceptuelle – Posner ne considère-t-il pas que l'analyse économique du droit vise à tirer toutes les conséquences du postulat de l'homme rationnel ?²⁵⁰⁸ – que le véritable test des propositions formulées (et encore moins une possible falsification), lorsque ces propositions sont testables. Ainsi, le test empirique des théories évolutionnaires est pour le moins limité (pour ne pas dire impossible²⁵⁰⁹). Ceci ne signifie pas que ces approches sont « inutiles », mais que si nous adoptons une épistémologie hypothético-déductive avec falsification, elles ne peuvent se labelliser connaissances scientifiques (ce qu'elles sont pourtant). L'acceptation assez générale de la théorie de Darwin tend à prouver que la falsification n'est pas le seul critère permettant de considérer que nous disposons d'une connaissance (Darwin « raconte » une

²⁵⁰⁷ Allan Gibbard et Hal Varian, *Economic Models*, op cit, p 676

²⁵⁰⁸ Plus encore, l'analyse économique du droit ne correspond-elle pas à une exploration conceptuelle des catégories et des doctrines juridiques ? La valeur de l'analyse économique du droit se déplacerait alors (*infra*, dernier chapitre).

²⁵⁰⁹ Certains tests ont été réalisés concernant la sélection « naturelle ». Pour autant, la théorie de l'évolution ne peut pas nous dire à quoi nous devons nous attendre : elle ne peut pas prédire, sauf à avancer que notre monde change et que les espèces évoluent avec lui. Tout fait actuel est un fait qui peut s'expliquer par l'évolution. Par définition, il n'existe pas de faits incompatibles. Ceci ne signifie pas que l'approche en termes d'évolution soit erronée, mais que sa validité se trouve ailleurs que dans un pouvoir de prédiction : elle permet de rendre compte d'un certain nombre de faits de façon « pertinente ». Elle est un point de vue considéré comme utile et permettant de réduire la complexité du monde. Sur ces différents points, voir Kevin Laland et Gillian Brown, *Sense & Nonsense, Evolutionary perspectives on human behavior*, 2002, Oxford University Press, Oxford, 369 pages (de nombreuses analogies peuvent être réalisées avec l'approche économique).

histoire plausible). Comme nous pourrons le constater dans le prochain paragraphe, la confrontation aux faits vise avant tout à renforcer une croyance plus qu'à s'assurer d'une certitude dans des informations proposées par les modèles.

Une fois identifiées les propositions « testables », il faudrait savoir si les faits correspondent ou non à ces propositions. Malheureusement, en analyse économique du droit, l'expérimentation est peu souvent effectuée (comme d'ailleurs assez souvent en économie moderne). La confrontation aux faits s'effectue à travers des exemples historiques qui ont servi de base à la construction du modèle. *L'analyse économique semble davantage viser la rétroduction²⁵¹⁰ que la prédiction effective*. Sa valeur résulte davantage de sa dimension abductive que de sa dimension prédictive (*infra*). Plus délicat encore, la possibilité de cette expérimentation suppose la possibilité d'identifier des faits que nous souhaitons « opposer » à la théorie ou au modèle. Cette identification n'est pas sans poser de difficultés (B) : les faits des sciences sociales sont déjà des constructions théoriques et ils peuvent être autrement qu'ils ne sont, contrairement aux faits des sciences physiques.

Nous avons déjà présenté quelques problèmes théoriques, notamment la question du test d'une proposition faite « toutes choses égales par ailleurs ». Il s'agira ici de développer certains des points mentionnés précédemment, et ce de façon plus concrète ; ce qui sera effectivement testé sera plus l'extrapolation des résultats du modèle que les résultats eux-mêmes dans la mesure où le modèle ne peut pas formuler des situations factuelles susceptibles de l'infirmier.

Ces difficultés quant à la mise en place d'un test des propositions de l'analyse économique du droit ont nécessairement un impact sur l'interprétation des résultats de ces tests et renforcent les problèmes théoriques formulés précédemment.

A. La difficile identification des propositions soumises à la confrontation aux faits

La première étape permettant de tester empiriquement un modèle ou une théorie sous-jacente à un modèle vise à identifier ce qui, dans le modèle, est testable²⁵¹¹, autrement dit les prédictions concrètes qu'il est possible de déduire d'un modèle ou de la théorie. Il ne faudrait pas uniquement se contenter de propositions testables, il faudrait aussi rechercher des propositions falsifiables, sans quoi le modèle sera susceptible de tout expliquer en s'amendant ex post, si bien qu'il ne

²⁵¹⁰ Nous utilisons ici la notion peircienne de rétroduction souvent associée à l'idée d'abduction. Il aurait été possible d'utiliser l'idée de rétrodictio mais cette idée suppose une moins grande systématisme.

²⁵¹¹ Nous réduirons pour le moment les problèmes engendrés par la thèse de Duhem-Quine.

pourra pas expliquer ou prédire puisque ses propositions pourront être considérées comme strictement analytiques. Le test de la théorie ne pouvant se faire qu'à travers les modèles, celui-ci ne peut être réalisé qu'à travers un test non concluant²⁵¹² et répété de différents modèles fondés sur la théorie. Le problème de la confrontation d'un modèle aux faits est donc plus aigu lorsque nous cherchons à tester une théorie sous-jacente à un ensemble de modèles. Nous retrouvons alors la distinction entre le falsificationnisme naïf et le falsificationnisme sophistiqué.

Force est de constater qu'une partie des modèles de l'analyse économique du droit vise davantage à expliciter une logique d'un phénomène qu'à formuler des propositions testables et falsifiables (1). Il s'agit de construire un modèle susceptible de prédire une relation empirique déjà identifiée. Lorsque le modèle semble avancer certaines propositions testables, celles-ci sont d'ailleurs suffisamment floues pour qu'une infirmation empirique ne puisse pas être considérée comme une falsification (2) et que la théorie ne puisse qu'être effleurée.

Le problème que nous souhaitons soulever ici est le suivant : si l'analyse économique du droit ne se construit pas, pratiquement, sur une épistémologie falsificationniste, comment pouvons-nous considérer que sa valeur dépend d'un test empirique ou de ses capacités de prédiction (comme le souhaiterait par exemple Posner) ? Si sa valeur ne semble pas provenir d'un test empirique ou de ses capacités de prédiction, pourquoi considérons-nous qu'elle nous fournit des informations « utiles », et même des connaissances²⁵¹³ ? La réponse que nous apporterons à cette question apparaîtra dans le dernier chapitre de cette thèse. Nous ne chercherons ici qu'à justifier sa nécessité.

1. Des modèles essentiellement construits pour rendre compte des faits à partir d'une théorie, l'absence explicite de propositions falsifiables

Nous n'aurons pas la possibilité de revenir ici sur l'ensemble des modèles proposés par l'analyse économique du droit. Nous souhaitons simplement montrer qu'une partie d'entre eux ne vise pas à proposer des résultats testables empiriquement (et encore moins des propositions falsifiables) et ne cherche qu'à rationaliser, dans le code de l'économie, des phénomènes juridiques ou les conséquences des phénomènes juridiques. Posner peut alors voir une correspondance entre les théories juridiques et les théories économiques²⁵¹⁴, sans s'interroger sur l'influence de la méthode sur le résultat, ni sur les moyens de falsifier cette croyance. Cette correspondance est-elle créée

²⁵¹² Ou plus précisément considéré comme non concluant : il n'y a rien de parfaitement objectif ici.

²⁵¹³ Nous chercherons une réponse à cette question en dehors de l'écologie dans laquelle l'analyse économique du droit évolue.

²⁵¹⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, op cit, p 31 (cette affirmation vise spécifiquement les doctrines de la *common law*).

par la méthode ou est-elle « réelle » ? La possibilité de recoder suffit-elle à la validité de cette recodification ? Peut-on réellement établir un test empirique ? Certaines propositions ne sont-elles pas simplement analytiques ?

Prenons tout d'abord le cas des modèles visant à « démontrer » l'efficacité de la *common law*²⁵¹⁵. Ces modèles partent de ce qu'ils souhaitent démontrer et utilisent ensuite le code de l'économie pour le justifier : il n'y a donc rien à prédire puisque les modèles partent de la prédiction pour se construire. Les premiers modèles en la matière supposent que cette efficacité est produite par les forces évolutionnaires (l'impact des partis et de la saisine du juge pour l'évolution du droit). En soi, aucune proposition testable n'est proposée : comment tester l'efficacité de la *common law* alors que celle-ci ne peut pas s'observer et dépend de critères économiques ? Les modèles ne visent d'ailleurs pas à proposer quelque chose de testable, ils ne font que rationaliser un fait considéré comme empirique en fonction d'un système d'hypothèses. Ils placent le discours dans un monde artificiel et toute réponse ne pourra se faire que par l'ajout d'hypothèses auxiliaires visant à démontrer que si le raisonnement peut tenir la route analytiquement, il est insuffisamment (ou suffisamment) « robuste » lorsque des hypothèses sont ajoutées²⁵¹⁶.

Les modèles évolutionnaires sont d'ailleurs infalsifiables empiriquement (au moins pour une très grande majorité). Ils ne visent qu'à rationaliser une situation pour conserver l'apparente validité du code lorsqu'une observation empirique semble contredire la théorie. Par exemple, dans le jeu de l'ultimatum, la tendance à offrir « trop » relativement à la logique de l'homme rationnel peut se justifier en tenant compte d'une dynamique. Il ne s'agit pas de proposer *la* justification de cette situation mais *une* justification possible²⁵¹⁷. Cette justification n'est évidemment pas testable empiriquement (sauf tautologiquement en considérant qu'elle est empirique car elle peut rendre compte du phénomène dont elle souhaitait rendre compte) et ne fournit aucune proposition

²⁵¹⁵ Cet exemple est volontairement caricatural. Il permet de bien saisir la difficulté.

²⁵¹⁶ Cooter et Kornhauser signalent ainsi le rôle du juge qui n'est pas transparent. Plus récemment Miceli développe le modèle de Priest en supposant soit que la décision des juges est biaisée, soit qu'elle n'est pas biaisée. Il ne s'agit pas d'une prétention empirique, mais d'une possibilité théorique, d'une exploration des idées de Priest et de Rubin. Si la décision des juges n'est pas biaisée, l'efficacité tendrait à émerger (Thomas Miceli, *Legal Change : Selective Litigation, Judicial Bias and Precedent*, 2009, *Journal of Legal Studies*, vol 38, pp 157-168).

²⁵¹⁷ Voir notamment Brian Skyrms, *Evolution of the Social Contract*, op cit, pp 11-16. L'auteur utilise une dynamique d'évolution (le réplicateur) pour montrer que le partage en (5;5) peut se comprendre du point de vue évolutionnaire. Il va même plus loin en indiquant que des équilibres polymorphiques sont possibles.

falsifiable (elle ne vise qu'à proposer une explication possible dont la robustesse pourra être testée, imparfaitement²⁵¹⁸).

Par extension, tous les modèles partant d'un fait empirique (ou considéré comme tel) et le justifiant dans le code de l'économie ne sont pas falsifiables et ne proposent aucune véritable prédiction (par exemple pourquoi des individus rationnels font-ils des procès au lieu de négocier ? Pourquoi les gens votent-ils ?). La théorie nous propose *une* explication possible d'un phénomène et c'est cette explication qui pourra ensuite être « testée » en la transposant à une situation nouvelle (et non la relation entre le modèle et le fait que nous souhaitons expliquer)²⁵¹⁹. Les coûts de transaction permettent ainsi de justifier que le droit a une importance pour l'allocation des ressources ou qu'il existe des entreprises dans le monde économique. Ces « coûts » ne sont apparus qu'en raison de la difficulté à justifier dans le cadre de l'économie « standard » certains « faits empiriques » (la présence des entreprises et l'impact perçu du droit pour l'efficacité économique). Le test des faits, nous y reviendrons, permet d'amender les modèles plus que la théorie profonde (même si le *Behavioral Law & Economics* a « sauté » le pas).

Le fait empirique peut aussi correspondre à un lien entre deux paramètres dont on considère qu'ils peuvent avoir une influence l'un sur l'autre. Par exemple, le lien entre l'application plus systématique du droit en matière de drogue et le prix de la cocaïne²⁵²⁰, le lien entre la religion et le taux de criminalité²⁵²¹, le lien entre l'avortement et l'utilisation de drogues par les mineurs²⁵²², le

²⁵¹⁸ Nous partageons de ce point de vue les analyses proposées par Jon Elster, *Le Désintéressement, Traité Critique de l'Homme Economique I*, 2009, Seuil, Paris, 380 pages, spécialement chapitre 4, pp 119-147. L'auteur considère que certaines attitudes ne peuvent pas être parfaitement rationalisées dans le code de l'économie et que si certaines prédictions sont testables, l'approche sous-jacente au modèle (la rationalité de l'Homme), reste difficilement atteignable. Par exemple, p 124 : « *En supposant donc établies ces trois procédures, peut-on être absolument certain qu'un comportement désintéressé reflète une motivation désintéressée ? [...] La réponse est négative* ». Ce problème sera développé le dernier chapitre de cette thèse afin de mieux saisir la place du raisonnement économique dans l'analyse du droit.

²⁵¹⁹ La *prospect theory* est ainsi construite à partir d'un ensemble d'expériences empiriques. Il est donc naturel qu'elle puisse les prédire. C'est en l'appliquant à un fait nouveau qu'il sera possible de savoir si cette théorie est valable, même si rien n'empêche de considérer que la théorie n'est que valable pour le champ empirique à partir duquel elle a été construite. De même, les théories construites pour rendre compte « d'irrationalités » ne font que proposer une explication possible du phénomène.

²⁵²⁰ Beth Freeborn, Arrest Avoidance: law Enforcement and the Price of Cocaine, 2009, *Journal of Law and Economics*, vol 52, pp 19-40

²⁵²¹ Paul Heaton, Does Religion Really Reduce Crime?, 2006, *Journal of Law and Economics*, vol 49, pp 147-172

²⁵²² Kerwin Kofi Charles et Melvin Stephens, Abortion Legalization and Adolescent Substance Use, 2006, *Journal of Law and Economics*, vol 49, pp 481-505

lien entre la publicité pour les fast-food et le taux d'obésité chez les jeunes²⁵²³, etc... Il s'agira alors d'expliquer la relation entre ces faits de façon économique.

Le modélisateur cherche à justifier la relation dans le code de l'économie ; ce sera uniquement cette justification qui pourra ensuite faire l'objet d'une étude. Le problème n'est plus la prédiction de faits empiriques mais l'explication *économique* d'une relation pour mieux se convaincre de la puissance de ce code. Ceci est assez clair dans l'extrait suivant : « *If the goal of drug law enforcement is to increase the price of cocaine, the dramatic decrease in the pure gram price of cocaine may seem to signal that current policy is failing that mission. The traditional economic argument for increasing enforcement efforts directed at dealers is that such efforts increase the costs to sellers of illegal drugs. If dealers then pass on the increased costs to consumers in the form of higher prices, consumption will decline. Yet the street price of cocaine seems to have declined at the same time enforcement was increasing* ». L'auteur continue alors « *To try to resolve this apparent puzzle of falling pure gram price in the face of heavy enforcement, policy makers and economists have offered some possible supply oriented explanations. However, pure gram price is also affected by factors in the consumer environment* »²⁵²⁴. Le problème n'est pas de prédire quoi que ce soit mais de fournir une explication à ce lien. Si le modèle peut alors prédire ce qui s'est passé ou au moins semble l'expliquer de façon plausible, nous ne pouvons pas en conclure que la relation causale identifiée dans le modèle est effectivement celle à l'œuvre dans le monde réel.

Prenons maintenant le cas des droits de propriété. La première question que Shavell se pose en la matière est la suivante : « *what justifies the social institution of property, that is, the rationale for the bundle of rights that constitute what we commonly call ownership* »²⁵²⁵. Le problème est donc de savoir comment justifier, du point de vue économique, les droits de propriété. Il ne s'agit pas de formuler des propositions falsifiables, ni même des prédictions (sauf la prédiction tautologique que les droits de propriété existent) ; il s'agit de partir du postulat que l'homme est rationnel au sens néoclassique et de tenter de dériver une justification économique des droits de propriété. Le problème est d'explorer conceptuellement l'idée de droits de propriété.

Shavell propose une liste de facteurs qui *suggère* que l'existence des droits de propriété a un impact sur le bien-être social, ce qui pourrait alors expliquer l'apparition et le maintien d'une telle

²⁵²³ Shin-Yi Chou, Inas Rashad, Michael Grossman, Fast Food Restaurant Advertising on Television and Its Influence on Childhood Obesity, 2008, *Journal of Law and Economics*, vol 51, pp 599-618

²⁵²⁴ Beth Freeborn, Arrest Avoidance: law Enforcement and the Price of Cocaine, op cit, p 20. Cette explication est d'autant plus intéressante qu'elle précise que le raisonnement économique traditionnel ne semble pas valable et qu'il faut donc trouver des justifications. Ceci signifie que, du point de vue économique, il est possible de prédire à la fois que les prix montent et que les prix descendent.

²⁵²⁵ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, p 7

institution. Comme ils ont un impact (postulé), les droits de propriété peuvent se justifier à travers l'idée d'efficacité économique. Il explique ainsi que l'existence de droits de propriété influence les incitations à travailler, à conserver la chose et à l'améliorer, à transférer la chose de façon efficiente, à limiter les conflits et les efforts pour protéger ce qu'on conçoit être sa propriété, à protéger contre le risque, ou encore à assurer une meilleure distribution de la richesse²⁵²⁶. Il présente aussi des justifications possibles pour certaines formes de propriété et ces justifications apparaissent plausibles. La raison d'être des droits de propriété ne suit cependant pas nécessairement la logique des arguments avancés ; les arguments sont construits à cette fin.

L'idée est simple : lorsqu'un individu rationnel au sens néoclassique peut conserver le produit de ses efforts, il sera incité à ne fournir des efforts uniquement lorsque son coût marginal sera inférieur à son bénéfice marginal (par hypothèse). En égalisant à la marge ses coûts et ses bénéfices, il est conduit à choisir la solution efficiente du point de vue privé (et pas nécessairement social, notamment en raison des externalités – puisqu'il ne supporte pas l'ensemble des coûts de ses actions – et donc des coûts de transaction – puisque si certains transferts étaient effectués, la propriété serait mieux valorisée. Si nous supprimons les coûts de transaction – ce qui est impossible – et donc les externalités, le coût social et le coût privé seront nécessairement égaux en raison du théorème de Coase, mais cette dernière proposition est-elle une proposition empirique ? Nous ne le pensons pas).

Ces justifications impliquent aussi la possibilité de réaliser certaines prédictions relativement aux justifications possibles (un individu qui ne possède pas un bien devrait s'en occuper de façon moins optimale que son propriétaire, toutes choses égales par ailleurs²⁵²⁷) mais les modèles ne formulent aucune proposition falsifiable (quel fait permettrait de contredire les justifications ?). Ils sont conçus pour justifier les droits de propriété à partir d'un code spécifique et seule la « robustesse » de ces justifications peut être testée par l'introduction de nouvelles hypothèses. Shavell ne fait d'ailleurs aucune référence à l'expérience, tout semble découler de l'idée que l'homme est rationnel²⁵²⁸, une fois que les paramètres de son choix sont identifiés (activité extra-économique et centrale pour la validité des informations fournies par l'approche économique). Dans une telle situation, les propositions sont-elles simplement analytiques (elles découlent d'un modèle et sont « vraies » relativement aux hypothèses) ou sont-elles supposées avoir un contenu empirique ? Si nous considérons que ce qui fait la scientificité de l'approche réside dans la

²⁵²⁶ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, op cit, pp 11-21

²⁵²⁷ Comment alors tenir compte de l'existence et du maintien des kibboutz ?

²⁵²⁸ Pour Posner, l'analyse économique du droit vise à tirer toutes les conséquences de l'hypothèse que l'Homme est rationnel.

possibilité de déterminer des situations qui ne peuvent pas se produire, ces justifications sont-elles « scientifiques » ?

Parfois l'économie ne fait que présenter un arbitrage. Ce sera par exemple le cas de Buchanan et Tullock lorsqu'ils s'intéressent au système de vote au sein d'une institution. Ils mettent en évidence deux coûts (dont la frontière est délicate à déterminer) : le coût relatif au mécontentement d'une partie de la population si la solution souhaitée par cette population n'est pas acceptée et le coût relatif à la prise de décision. Ces coûts étant délicats à mesurer *ex ante*, le modèle vise davantage à présenter un arbitrage possible pour remettre en cause le principe du vote à la majorité simple (mais aussi justifier l'absence d'un vote à l'unanimité). Les auteurs ne cherchent pas à faire des prédictions pour le monde réel mais à proposer des interprétations de certains phénomènes réels. La prédiction est éventuellement possible si le modélisateur choisit des pondérations mais le choix de ces pondérations ne permet pas véritablement de tester le modèle sous-jacent puisque nous testerons à la fois le modèle et les pondérations.

La plupart des modèles économiques des phénomènes juridiques visent d'ailleurs à mettre en évidence des arbitrages qui permettent d'être moins catégoriques sur certaines conceptions juridiques : après tout, si l'individu est rationnel, il n'existe aucun absolu. Ces arbitrages sont cependant identifiés par le modélisateur et ne sont pas des « faits » empiriques : ils sont considérés comme des faits dans la mesure où ils apparaissent plausibles. Il est ainsi possible d'affirmer que certaines ruptures de contrat sont efficientes, que les contrats sont nécessairement incomplets (ce qui a un impact sur la théorie de l'imprévision par exemple), que le monopole octroyé par un brevet peut être efficient, qu'il existe un niveau optimal de criminalité, que la faute est davantage un concept moral qu'un concept économique (en raison du théorème de Coase), que parfois le droit est moins adapté que la morale pour régler tel ou tel problème, etc. Ces affirmations sont néanmoins plus analytiques qu'empiriques puisque les données de l'arbitrage sont construites par le code (à travers le modélisateur) et sont inobservables (l'efficacité découle d'une relation, elle n'est pas un fait). Par exemple, affirmer que le juge effectue un calcul coûts-bénéfices est invérifiable objectivement, cette proposition découle de la perception de la méthode de décision du juge engendrée par le prisme de l'économie. Il s'agit de réduire le comportement du juge à un comportement économique en raison des postulats même de l'approche choisie.

Enfin l'exploration conceptuelle concerne une partie des modèles liés à l'analyse économique du droit²⁵²⁹. Le théorème d'impossibilité de Arrow est par exemple intenable²⁵³⁰. Il s'agit d'une

²⁵²⁹ Nous serions même tentés de considérer que tous les modèles de l'analyse économique du droit ont une dimension d'exploration conceptuelle. En effet, en proposant une rationalisation différente des phénomènes juridiques, ils obligent à interroger les explications proposées jusqu'alors.

proposition logique au regard des hypothèses adoptées, d'ailleurs très irréalistes. Une nouvelle fois ceci ne signifie pas que le théorème d'impossibilité est inutile et qu'il ne nous apprend rien sur le monde. Bien au contraire, il nous incite à nous interroger sur ce qui pourrait faire la spécificité du choix social et nous éclaire sur de potentielles difficultés dans la procédure permettant de passer des préférences individuelles au choix social. Les résultats de ces explorations sont analytiques, ils sont vrais ou faux relativement au système définitionnel. De même, l'idée de racisme rationnel, de signal en asymétrie d'informations, ou les modèles visant à rendre compte économiquement d'un phénomène juridique particulier permettent l'exploration conceptuelle de nos propres catégories de pensée et ainsi, au moins indirectement, améliorent notre connaissance du monde.

2. Des modèles souvent vagues dans leurs prédictions, la difficile identification d'une proposition falsifiable

Certains modèles ou certaines justifications semblent pouvoir être testés empiriquement. Lorsque l'économiste souhaite prédire les conséquences de la modification d'une règle juridique, il devrait être possible de « tester » ses résultats. Par exemple, quel sera l'impact de l'instauration d'un prix plafond en ce qui concerne la location d'immeubles d'habitation ? Quel sera l'impact de la transformation d'une responsabilité pour faute en une responsabilité sans faute ? Le modèle cherchera à expliciter les potentielles conséquences en partant des hypothèses traditionnelles en économie (l'Homme est rationnel et il réagit aux modifications de l'environnement juridique) mais aussi de ce qu'il perçoit devoir entrer dans le modèle conduisant aux prédictions.

Les prédictions qui semblent « testables » ne sont pas des prédictions quantitatives (a) mais des prédictions qualitatives (b) et conditionnées. Les modèles économiques des phénomènes juridiques ne peuvent prévoir que des « tendances » fragiles, des « *patterns* » pour reprendre l'idée de Hayek.

En aucun cas un modèle n'est suffisamment poussé pour nous fournir des situations susceptibles de falsifier la théorie sous-jacente à celui-ci car rien n'indique qu'un nouveau modèle ne puisse pas expliquer les faits qui seront « découverts » (*infra*) – et démontrer une impossibilité de ce nouveau modèle est utopique. Notons aussi une difficulté : *a priori*, si un article est publié c'est que le modèle semble « coller » aux faits empiriques. Dès lors, se pose la question de savoir si le modélisateur part du fait empirique pour construire son modèle (nous avons une relation

²⁵³⁰ Il est cependant possible de montrer qu'il existe des cycles et que les acteurs peuvent avoir des comportements stratégiques... mais l'expérimentation est construite pour réussir car la proposition est logique.

statistique, comment la justifier ?) ou part de la question posée par le fait empirique (nous avons deux paramètres, comment les relier dans un modèle, sans égard pour les données empiriques qui serviront de test ?). Dans le premier cas, la prédiction est triviale et le modèle une simple post-rationalisation, dans le second la prédiction semble pouvoir avoir plus de valeur, mais l'identification de ces cas reste limitée.

a. L'impossible prédiction quantitative

Afin de pouvoir prédire quantitativement et en supposant que l'Homme soit effectivement un agent rationnel au sens économique, il faudrait pouvoir (1) identifier l'ensemble des coûts et des bénéfices et (2) être capable de chiffrer ceux-ci et de résoudre les équations. Le fait que la physique ait des difficultés à pouvoir prédire précisément l'interaction de trois corps conduit naturellement à être suspicieux quant aux capacités de l'économie à prévoir les conséquences d'interactions entre des milliers d'individus, même lorsque nous supposons que leur comportement est déterminable ou suit un algorithme. Au maximum, elle peut prétendre pouvoir prédire un comportement de la population « en moyenne »... et encore : l'un des enseignements de la théorie du chaos est qu'une petite variation dans les paramètres de départ peut avoir des conséquences dramatiques après un certain temps (et le modèle reste un modèle déterministe !).

1. la première difficulté est liée à l'activité de modélisation. Dès lors que l'économiste considère que la causalité sociale est trop complexe pour l'appréhender dans sa globalité, il devra choisir d'extraire des interactions perçues celles qui lui semblent saillantes. Or, la détermination des interactions saillantes n'a rien d'objectif, du moins *ex ante*. Parfois ces interactions sont « évidentes », il suffit de penser à l'interaction entre deux individus dans la formation d'un contrat.

Si nous supposons que l'Homme est un agent rationnel au sens de l'économie, il s'agira de pouvoir identifier les coûts et les bénéfices individuels (afin de pouvoir déterminer les comportements), les coûts et bénéfices sociaux (afin de pouvoir qualifier la résultante de l'interaction), et leur altération avec la modification des règles juridiques. Cette détermination suppose d'être capable de prévoir l'ensemble des conséquences possibles, non seulement pour pouvoir déterminer les coûts et bénéfices sociaux mais aussi pour pouvoir déterminer les coûts et bénéfices privés, si nous supposons que l'individu a une information suffisamment optimale (car

sinon il ne peut pas parfaitement tenir compte de l'ensemble des conséquences de ses actions²⁵³¹). Cette difficulté est particulièrement mise en évidence par Hayek : « *However greatly our theories and techniques of investigation assist us to interpret the observed facts, they give little help in ascertaining all those particulars which enter into the determination of the complex patterns, and which we would have to know to achieve complete explanations, or precise predictions* »²⁵³².

Signalons d'ailleurs une autre difficulté : afin de déterminer les conséquences possibles d'une action ou les coûts et bénéfices pris en compte, nous devons tester l'approche et être certain que le problème réside dans le paramétrage et non dans les hypothèses (*infra*).

A cela s'ajoute une autre difficulté. Celle du temps. « *Time is a denial of omnipotence of reason. [...] For he can reason only about what is in effect complete ; and in a world where there is time, nothing is ever complete* »²⁵³³. C'est cette considération pour le temps et ses effets qui limite nécessairement la portée de l'analyse économique du droit puisque reconnaître le temps, c'est accepter l'incertitude radicale, surtout lorsque nous avons conscience de la complexité des interactions sociales. Il s'agit donc de faire le deuil de la certitude en matière de prévisions économiques pour cette seule raison. L'analyse économique du droit ne pourra donc pas prévoir précisément les conséquences de la modification d'une règle juridique sur le social.

2. La possibilité d'une prédiction quantitative suppose, en outre, que la relation mathématique proposée par le modèle ne soit pas simplement une relation algébrique : il faut que les « lettres » puissent être traduites en chiffres. Nous nous intéresserons ici uniquement à l'analyse économique du droit et non au pouvoir de prédiction de l'analyse économique en général (notamment au niveau macroéconomique comme la prévision du taux d'inflation, des déficits publics, des destructions d'emplois, etc...).

Supposons par exemple que le juge applique effectivement la *Learned Hand Rule* en utilisant un raisonnement marginaliste (alors que la proposition mathématique n'est que dérivée d'une proposition littéraire relative à la recherche de solution). Soit P la probabilité du dommage, L le montant du dommage et B le coût de précaution. L'individu sera reconnu « responsable » si

²⁵³¹ Si nous considérons qu'il existe un degré d'incertitude, le choix ne pourra pas se faire exclusivement sur les résultats proposés et des valeurs entreront nécessairement. Plus encore, la rationalité perdra de sa « splendeur » au profit des heuristiques. Les travaux actuels en psychologie comportementale vont dans ce sens et redonnent un lustre au concept hayekien de rationalité.

²⁵³² Friedrich Hayek, *The Errors of Constructivism*, in Friedrich Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, op cit, pp 3-22, p 12

²⁵³³ Georges Shackle, *Epistemics and Economics*, op cit, p 27

$B < PL$; il est reconnu responsable si en « dépensant » un peu plus en précaution, il aurait pu réduire d'un montant supérieur le dommage anticipé. Il faut donc comparer la variation de B et la variation de PL ²⁵³⁴. Supposons que nous soyons en présence d'une situation dans laquelle le juge va utiliser la *Learned Hand Rule*. L'analyse économique peut-elle prévoir systématiquement l'issue du procès ? Peut-elle identifier précisément le niveau de précaution que l'individu aurait du adopter ?

Afin de pouvoir réaliser une telle prédiction (qui n'est quantitative qu'au sens où elle peut déterminer au sein d'une alternative l'option effectivement choisie), il faudrait pouvoir transformer P, L, et B en chiffres et il est nécessaire que cette transformation soit suffisamment objective (sans quoi le juge pourrait en adopter une autre et donc aboutir à un résultat différent). Si P, L et B sont délicats à déterminer *ex ante*, l'influence de la variation de B sur PL est encore plus complexe à déterminer. Par définition, un coût et un bénéfice sont des entités inobservables dès lors que nous considérons que ces coûts et bénéfices sont subjectifs et que nous adoptons une conception des coûts en termes de coûts d'opportunité. De même, si la probabilité est plus « objective », elle est parfois difficilement accessible : nous ne disposons pas directement de la probabilité d'avoir un accident sur une route départementale lorsque nous roulons à 50 ou à 55 km/h. Il est alors possible de se demander, outre la formalisation et une forme de clarification, ce qu'apporte la traduction économique du raisonnement proposé par le juge Hand car elle ne permet pas de conduire à une prédiction précise. Pire encore, elle pourrait laisser croire à la possibilité d'une objectivité !

Le même raisonnement pourrait être appliqué à l'identification de la rupture efficiente d'un contrat, au niveau de complétude de celui-ci, à l'impact de la modification des règles concernant le paiement des dépens (paiement par la partie perdante ou par chacune des parties pour leur part propre), ou encore à l'impact de l'assouplissement du code du travail sur le taux de chômage. Eric Posner écrit à ce propos, concernant la dimension normative de l'analyse économique du droit en droit des contrats : « *The models do give a sense of the factors that are at stake when the decisionmaker formulates doctrine, and might give that decisionmaker a sense of the trade-offs involved, but in the absence of information about the magnitudes of these trade-offs — and the literature gives no sense of these magnitudes — the decisionmaker is left with little guidance* »²⁵³⁵.

²⁵³⁴ Voir l'exemple numérique proposé par Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e, op cit, p 168.

²⁵³⁵ Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 2003, *Yale Law Journal*, vol 112, pp 829-880, p 880

Même si nous connaissons l'ensemble des déterminants d'un phénomène (mais comment être certain de cette connaissance qui ne provient que de l'application du cadre théorique ?), une erreur même infime dans la détermination numérique des paramètres ne sera pas négligeable. Ce résultat est popularisé par l'effet papillon de la théorie du chaos : une différence infime dans le paramétrage de départ peut avoir des conséquences radicales sur l'état du système à un certain moment du temps.

L'économie traite de plus avec des paramètres souvent inobservables. Comment évaluer un coût d'opportunité alors que celui-ci n'est objectivable qu'*ex post* ? Comment évaluer des coûts qui sont largement subjectifs et dépendent de préférences inobservables²⁵³⁶ ? La valeur de l'analyse économique du droit ne semble pas résulter de son pouvoir de prédiction, au sens de prédiction précise. Bien au contraire, les prédictions de l'analyse économique sont qualitatives et conditionnées.

b. une prédiction qualitative et conditionnée

Si l'analyse économique ne peut pas prédire précisément les événements, elle conserve un certain pouvoir concernant la prédiction des structures possibles ; elle ne permet qu'une prédiction qualitative et conditionnée. Elle prévoit des choses auxquelles nous pouvons nous attendre si telle ou telle type de situation se présente (la causalité présente dans le modèle ne nous semble cependant pas testable, *infra*).

Par exemple un prix plafond risque de réduire les quantités disponibles et discriminer en faveur des plus favorisés. Ainsi, instaurer un prix plafond en matière de logement peut conduire à une réduction du nombre de logements mis à la location (pour ce qui concerne l'effet le plus direct... car rien n'indique qu'il n'y aura pas non plus un effet sur le marché de l'immobilier locatif et donc, par propagation sur d'autres secteurs de l'économie) et donc à une sélection plus drastique des locataires. Les locataires les moins fortunés seront alors exclus. Il s'agit d'une structure possible mais non de la seule structure possible (sauf du point de vue du modèle bien évidemment) ; elle est probable au regard de nos croyances relatives au modèle. Par ailleurs, cette structure ne vise pas à déterminer précisément l'impact sur le marché locatif (combien de logements seront alors retirés de la location ? Quel sera le niveau de discrimination ?).

L'économiste du droit met donc en évidence des tendances possibles. Si nous augmentons la sanction pour telle ou telle infraction pénale, elle devrait diminuer. Néanmoins, une augmentation

²⁵³⁶ Sur ces problèmes, voir notamment James Buchanan, *Cost and Choice: An Inquiry in Economic Theory*, op cit.

trop importante risque de conduire le criminel à enfreindre plusieurs règles pénales. Si le viol est puni de la sanction pénale maximale dans un Etat, le violeur pourra décider de tuer sa victime et tout autre témoin potentiel afin de limiter son risque de se faire prendre sachant que la peine encourue sera la même dans les deux cas. Cette situation n'est évidemment pas désirable même si l'objectif de réduction du nombre de viols est louable. Il ne s'agit cependant pas de prédire exactement la magnitude de cet effet, il suffit de savoir qu'il est possible. La prédiction n'est que qualitative et conditionnée par les hypothèses sélectionnées.

Arrow résume avec perspicacité le rôle de l'économiste (et à notre avis le rôle de l'économiste du droit) : « *The role of economist here is sometimes unpleasant. [...] We frequently have to point out the limits of our opportunities. We have to say, « this or that, not both. You can't do both ». What's worse, we have to point out frequently that the economic system is complex in its nature. It can easily happen that a step which on the face of it is an obvious way of achieving certain desired values may in fact frequently lead to their opposite* »²⁵³⁷. L'objectif d'amélioration du service public et de réduction des dépenses publiques est, toutes choses égales par ailleurs, irréalisable (ce qui ne veut pas dire que l'efficacité ne peut pas être améliorée lorsque des « gaspillages » sont présents).

Le problème reste de savoir dans quelles conditions il est possible de se fier à une prédiction économique et en quoi il est possible de la tester dans la mesure où elle reste finalement « très floue » à la fois en dans le(s) résultat(s) annoncé(s) et dans les conditions nécessaires à la réalisation de ce résultat. Ce que nous pouvons tester, ce n'est pas ce que la théorie prévoit – puisqu'elle reste au niveau de la structure et que la structure sociale est inobservable – mais ce qu'elle prévoit qui ne peut pas se passer (même si le problème sera alors l'interprétation de ce qui se passe, *infra*), même si ceci est rarement explicité. Il est alors nécessaire, et nous reviendrons sur cette difficulté, que la théorie prévoit des limites à sa possibilité de modification (donc d'interprétation *ex post* ; même si ce choix est parfaitement arbitraire et peut empêcher la théorie d'atteindre un stade supérieur).

²⁵³⁷ Kenneth Arrow, *The Limits of Organization*, op cit, pp 17-18. Pour expliciter cette citation, Arrow prend l'exemple d'une augmentation importante du revenu minimum qui risque simplement de conduire à davantage de chômage. L'arbitrage se situe donc pour certaines franges de la population entre travail avec revenu insuffisant et chômage. Cette représentation est aussi présente chez Hayek : « *It is because its predictions possess this character that economics, in particular, appears so often to consist merely on variation upon the theme that 'you cannot have your cake and eat it'.* The Practical value of such knowledge consists indeed largely in that it protects us for striving for incompatible aims » (Friedrich Hayek, Degrees of Explanation, in Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, op cit, pp 3-21, p 17). Nous aurons l'occasion de revenir sur ces conceptions dans le dernier chapitre de cette thèse.

B. La difficile expérimentation en analyse économique du droit, les problèmes liés à l'identification des faits

Le test de validation empirique est déjà compromis par la difficile identification de ce qu'il faut tester (ou plus précisément de ce qui n'est pas prévu) dans le cadre des théories économiques. Nous souhaitons mettre ici en évidence les problèmes liés à la confrontation aux faits et notamment le problème de l'identification des faits susceptibles d'être confrontés à la théorie.

Signalons tout de suite que nous ne nous intéressons pas à un « fait » objectif mais à une relation perçue entre des « faits » largement subjectifs (ou conditionnés par une théorie). L'économie, dès lors qu'elle vise la prédiction, ne s'intéresse qu'à une relation et même à une corrélation entre la survenance de deux faits. Chaque fait n'est pas parfaitement objectif, ce qui laisse une large marge d'appréciation pour l'interprétation des confrontations des modèles ou de la théorie aux faits.

Nous ne nous intéresserons ici qu'aux résultats qui sont censés avoir une portée empirique et qui ne sont pas strictement analytiques. L'efficacité d'un marché n'est pas quelque chose de démontrable empiriquement, l'efficacité dépend des critères permettant de considérer que l'efficacité est atteinte²⁵³⁸. Si l'ensemble des individus s'accordent sur une modification, nous supposons que cette modification est efficace mais l'efficacité ne se manifeste pas autrement que par la correspondance entre une situation et notre définition.

Afin de déterminer les faits à confronter à la théorie, deux options sont envisageables ; nous pouvons confronter les modèles ou la théorie aux faits du monde réel (1), nous pouvons aussi les confronter à des faits issus d'expériences en laboratoire (2). Cette dernière technique est assez largement utilisée par une partie des critiques de l'analyse économique du droit « traditionnelle ». Cette dernière offre plus de libertés pour analyser l'impact des modifications de paramètres.

Nous ne cherchons pas à discréditer tout test empirique des modèles économiques relatifs aux phénomènes juridiques. Ces tests sont utiles et nécessaires. Il faut néanmoins prendre conscience des limitations de ceux-ci afin de mieux saisir la valeur épistémologique des résultats qu'ils nous proposent. La valeur des théories ne dépend pas uniquement de cette confrontation.

L'expérimentation en matière économique ne vise pas uniquement à tester la validité d'une théorie ou d'un modèle particulier. Elle sert aussi à explorer les causes de l'échec d'une prédiction, à établir des régularités empiriques (non encore théorisées), à comparer des

²⁵³⁸ L'efficacité n'est donc pas un fait objectif, mais une qualification donnée par une théorie à une situation particulière qu'elle définit.

environnements, des institutions, etc...²⁵³⁹ Ces différentes fonctions sont souvent liées. Par exemple, c'est parce qu'une régularité empirique apparaît que notre théorie essaye d'en rendre compte²⁵⁴⁰. Nous insisterons ici tout particulièrement sur les expériences visant à « tester » les résultats de l'analyse économique du droit, sachant que les autres fonctions des tests empiriques sont indissociables. Ce dernier point apparaîtra plus nettement lorsque nous chercherons à interpréter les résultats des tests empiriques (et des études empiriques, *infra*).

1. La difficile identification des faits du monde réel

Lorsque nous cherchons quel est l'impact de la modification d'une règle juridique, nous sommes tentés d'analyser des données du monde réel. Il s'agira par exemple de faire une étude comparative, d'observer ce qui s'est passé dans d'autres Etats qui ont adopté la règle dont nous voulons connaître l'impact (quelles ont été les conséquences de l'abolition de la peine de mort ?). Il est aussi possible d'interroger les données historiques de l'Etat en question lorsqu'un mécanisme a été introduit puis a été enlevé du système juridique (conséquence de l'élection du président au suffrage universel, du bicamérisme, etc...), même si un mécanisme de dépendance par rapport au chemin n'est pas à exclure.

Les faits (ou plus précisément leur(s) relation(s)) ne se manifestent pas d'eux-mêmes et si une corrélation est observable, rien ne garantit qu'il s'agisse d'une causalité.

La première difficulté est ainsi liée à la complexité du monde. *Lorsqu'une règle nouvelle est introduite dans le système, nous ne pouvons observer que la position du système à un instant donné du temps et non l'impact spécifique de cette règle sur la position du système à cet instant.* En effet, la position du système dépend d'un ensemble de circonstances et la modification de la règle n'est qu'une circonstance particulière susceptible d'expliquer cette position. Paul Veyne a bien montré que la détermination des causalités n'est plus un problème strictement scientifique²⁵⁴¹.

Ainsi, si le crime diminue suite à l'amélioration des techniques d'enquête policière ou du nombre d'agents de police, rien n'indique que l'ensemble de la réduction puisse être attribué à ces seuls deux paramètres, ni qu'il soit possible de dégager l'impact de l'un ou de l'autre. Des modifications de l'environnement ou l'apprentissage des agents pourraient avoir conduit à la même situation sans la modification des règles. De même, si le crime ne diminue pas, rien n'indique qu'il n'aurait

²⁵³⁹ Voir par exemple Vernon Smith, *Economics in Laboratory*, 1994, *Journal of Economic Perspectives*, vol 8, pp 113-131, pp 113-116

²⁵⁴⁰ Souvent, la régularité est perçue parce que notre théorie semble pouvoir en rendre compte. Il s'agit de sélectionner intuitivement les éléments dont nous pouvons rendre compte.

²⁵⁴¹ Voir par exemple Paul Veyne, *Comment On Ecrit l'Histoire*, [1971] 2002, Seuil, Paris, 438 pages

pas été plus élevé sans la modification de la règle. Nous observons une situation dont les causes sont trop imbriquées pour pouvoir être parfaitement démêlées. Levitt montre ainsi de façon amusante qu'un des paramètres importants expliquant la baisse de la criminalité à New York n'est autre que la légalisation de l'avortement²⁵⁴² : les futurs criminels ayant été avortés, la criminalité baisse pour des raisons démographiques.

Afin de pouvoir isoler avec suffisamment d'assurance cet impact, il faudrait pouvoir comparer la position du système à l'instant t avec la position du même système non altéré au même instant ; il faudrait donc pouvoir constituer des groupes tests. Ces groupes doivent être de même nature que le groupe testé et ils doivent être soumis aux mêmes influences externes (ils devraient même être « identiques » ce qui est par définition impossible). Les deux groupes ne doivent pas non plus être en interaction(s) (car des phénomènes d'adaptation peuvent alors survenir). Malheureusement, nous ne disposons que de peu de groupes tests lorsque nous nous intéressons à des faits du monde réel. Les points de comparaisons sont imparfaits car l'histoire, la culture, les normes sociales, etc., ne sont jamais identiques et les interactions entre les groupes sont inévitables. Le raisonnement est ainsi bien souvent contrefactuel et analytique.

Si nous pouvions identifier des groupes tests, ou si nous pouvions isoler l'impact de la modification d'une règle juridique de façon suffisamment objective, la théorisation économique ne servirait à rien. En effet, il suffirait de se fier aux résultats des tests. Pour qu'elle puisse servir à quelque chose, il faudrait que la théorie économique soit susceptible de prédire des faits qui ne sont pas encore survenus. Nous supposons alors, sans justifier cette supposition, que si l'économie a réussi à prédire dans le passé, elle devrait réussir à prédire dans le futur (nous retrouvons l'hypothèse d'ergodicité). Pour que ceci soit pertinent, le modèle ne peut plus être perçu comme instrumental mais doit contenir des hypothèses approximativement « exactes ».

Il pourrait aussi être possible, à l'instar de l'économétrie, de considérer qu'il est possible, en partie, de neutraliser l'impact de certaines variables afin de « découvrir » l'impact statistique d'une variable particulière. Les techniques de régression sont ainsi utiles et peuvent servir en analyse économique du droit²⁵⁴³. Ceci suppose néanmoins que nous disposions de la technologie (ce qui

²⁵⁴² Steven Levitt, *Understanding Why Crime Fell in the 1990s : Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not*, 2004, *Journal of Economic Perspectives*, vol 18, pp 163-190. L'article reste cependant critiqué en termes de technique économétrique (il manque par exemple des comparaisons statistiques avec les autres pays dans lesquels l'avortement a été légalisé. De même, la question des moyens de contraception n'est pas suffisamment prise en compte). Pourtant, il existe quelque chose de séduisant dans son argumentation et la relation ne semble pas totalement absurde.

²⁵⁴³ Pour une introduction à ces techniques, voir, Alan Sykes, *An Introduction to Regression Analysis*, 1993, in Eric Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*, op cit, pp 1-28

n'est pas toujours le cas, notamment lorsque les variables sont très nombreuses et interdépendantes) et que nous connaissions les variables, ou que nous puissions répliquer l'expérience afin de déterminer ces variables et leur pondération (sans garantie de succès néanmoins). Dans un monde dynamique, rien n'est plus complexe. Nous ne pouvons d'ailleurs que neutraliser des variables « mesurables », or rien n'indique que tout ce qui agit dans le monde est nécessairement mesurable (même s'il s'agit d'un postulat de l'approche scientifique). Notre méthode influence donc notre perception.

Plus encore, c'est parce que nous n'arrivons pas à démêler les causalités du monde que nous supposons que l'économie est une force influençant l'état du monde (si elle est toujours présente, son influence directe est plus ou moins visible). Autrement dit, *la théorie a été créée pour penser le monde*. Les relations entre les faits que nous percevons sont donc liées à nos préconceptions théoriques. Le fait pur n'existant pas en sciences sociales (et donc en analyse économique du droit), il ne se révèle qu'à travers la théorie construite : la perception des faits est toujours biaisée, non seulement concernant les causalités mais aussi les caractéristiques d'une situation donnée. Le juriste ne voit pas les mêmes choses que l'économiste ou le sociologue en matière de « faits juridiques » dans la mesure où son code ne lui permet pas de « voir » certains faits et que ce code a été internalisé si bien qu'il l'utilise sans plus en voir les biais. La perception des faits n'est jamais passive, ceci est reconnu au moins depuis Kant et surtout Schopenhauer.

La dernière grande difficulté est liée au caractère dynamique du monde. Pouvoir identifier les conséquences de la modification d'une règle juridique, c'est supposer qu'au moment où nous observons le monde la règle ne produira plus de conséquences... ce qui est impossible par définition. Nous retrouvons alors la position de Shackle.

De même, dans la mesure où il n'existe pas un ajustement instantané des agents à la nouvelle norme, il faut aussi tenir compte de la dynamique d'évolution concernant les impacts de la modification de la norme ; les économistes mentionnent souvent l'idée d'une courbe en J, lorsqu'il n'existe pas de choc externe autre que la modification d'un paramètre. Nous sommes alors pris dans une difficulté : il est nécessaire qu'il s'écoule un certain temps entre la modification de la norme et l'observation des faits, pour qu'il soit raisonnable de considérer que l'effet économique a eu le temps de se produire (et il est impossible de savoir s'il s'est produit en totalité, notamment si nous admettons la possibilité d'une dépendance par rapport au chemin), mais plus l'observation s'éloigne de la date de la modification de la norme, plus l'impact de cette norme est dilué dans la complexité du monde. En supposant que l'effet économique suive une courbe en J comment savoir, au moment de l'observation, à quel endroit de la courbe nous

sommes, sachant que l'économie, si elle indique la structure en J n'indique pas le temps nécessaire pour que la figure se réalise, ni la magnitude entre le point haut et le point bas ?

Observer ce qui s'est produit dans le monde peut être utile pour apprécier la validité d'un modèle ou d'une théorie. Néanmoins, les techniques dont nous disposons actuellement ne permettent pas, avec certitude, de « démontrer » cette validité. Celle-ci contiendra nécessairement une part de croyance puisque les faits bruts ne s'observent pas passivement. Notons d'ailleurs qu'aucun test de validation n'est suffisant si nous voulons aller au-delà de l'instrumental pour « expliquer » les résultats que nous observons. Seule la falsification pourrait atteindre cet objectif, même si elle est largement impossible en économie du droit (*infra*).

2. L'expérimentation en laboratoire, une confrontation plus aisée aux faits ?

Les expérimentations en laboratoire correspondent à une des techniques employées par le *Behavioral Law & Economics*, cette dernière s'inspirant de la psychologie expérimentale. Les résultats proposés remettent en cause le modèle néoclassique de rationalité (il suffit de penser au paradoxe de Allais, au jeu de l'ultimatum ou du centipède et plus largement à l'ensemble des biais cognitifs²⁵⁴⁴) mais aussi le cadre du raisonnement, en montrant notamment l'impact déterminant des institutions et de l'environnement²⁵⁴⁵. La difficile unification de l'ensemble des résultats autour d'une théorie unique susceptible de proposer des résultats (outre la *prospect theory*) peut expliquer, en partie, ce phénomène. C'est d'ailleurs la critique que Posner adresse à ce mouvement : l'absence de systématisme dans le raisonnement. Nous retrouvons alors, en radicalisant un peu, le problème mis en évidence par Hayek : préférons nous des connaissances vraies mais imparfaites à des connaissances « plus » fausses mais nous donnant l'illusion de la maîtrise ?

L'intérêt principal de l'expérience en laboratoire provient du fait que l'expérimentateur maîtrise, théoriquement, le cadre de l'expérimentation et peut donc analyser la variation d'un paramètre particulier (la diversité des expériences menées sur le jeu de l'ultimatum en témoigne). Notons cependant qu'une expérience particulière ne permet pas de tester le paramètre. En effet, il est nécessaire de prendre en compte l'impact des institutions et de l'environnement sur le choix des

²⁵⁴⁴ Notons que la qualification de biais suppose que le modèle « normal » soit la rationalité néoclassique. Du point de vue symbolique ceci n'est pas sans importance puisqu'elle conserve son statut.

²⁵⁴⁵ Pour l'apport de l'expérimentation à l'économie, voir notamment Vernon Smith, *Economics in Laboratory*, op cit. L'ouvrage de Jon Elster, *Le Désintéressement, Traité Critique de l'Homme Economique I*, op cit, s'appuie, lui aussi, sur les résultats d'expériences en laboratoire. La majorité de celles-ci concerne cependant davantage le test des hypothèses comportementales.

agents. *Ce qui est donc testé dans une expérience particulière est un ensemble : institution/ environnement/ comportement.* Ce n'est que par recoupement que nous pouvons identifier l'impact d'un de ces paramètres pour ne pas commettre les mêmes erreurs que la célèbre expérience de Hawthorne.

Afin que les faits de l'expérience puissent servir utilement à la confrontation à la théorie économique ou à un modèle économique, il est nécessaire de prendre certaines précautions afin de limiter toute possibilité de contestation visant l'identification des « faits » identifiés en laboratoire.

Tout d'abord l'expérimentateur doit bien saisir les paramètres de l'environnement et donc le cadre conceptuel dans lequel il raisonne. Théoriquement, il devrait tester l'impact de la modification de n'importe quel paramètre sur les résultats de son expérience (de la présentation de celle-ci au sujet, à la chaleur ou la couleur de la pièce, en passant par le style vestimentaire de l'expérimentateur, la convivialité, etc...). En pratique, l'expérimentateur ne fera varier que des paramètres qu'il considère comme pertinents, même si certains paramètres sont « liés ». En tout état de cause, le résultat vaut relativement aux conditions du test. Pour que celui-ci puisse être extrapolé, il est nécessaire de considérer que les paramètres considérés comme non pertinents sont effectivement non pertinents dans le monde réel ou dans le modèle économique testé. Nous touchons cependant ici au problème de l'interprétation du test.

L'expérience en laboratoire, en matière d'économie, devrait ensuite privilégier l'observation de ce que les agents font (et non de ce qu'ils disent). L'expérimentateur ne cherche pas une réponse verbale mais une réponse strictement comportementale : est-ce que l'individu fait ce que la théorie économique prévoit ? Est-ce que le groupe se comporte comme la théorie économique le prédit ?²⁵⁴⁶ Les problèmes liés aux réponses verbales ne seront pas étudiés ici²⁵⁴⁷. Le fait que l'individu se comporte d'une façon conforme aux prédictions de la théorie économique ne signifie pas qu'il agit pour des motivations économiques (la causalité du modèle n'est jamais directement testée) : le modèle économique peut être considéré comme un instrument pour prédire le comportement mais non comme un instrument pour expliquer le comportement.

²⁵⁴⁶ Pour ce faire, il est nécessaire que l'expérience en laboratoire essaye de reproduire les conditions postulées par la théorie économique, même s'il est ensuite possible de tester la sensibilité de ces conditions (au moins en partie). Vernon Smith précise ainsi que « *When testing formal market theories in this way, we should always be aware of the fact that we are studying behavior within the context of our representation of the economic environment. If any of these representations is wrong, then our studies have only increased our self knowledge, not our knowledge of things* » (Vernon Smith, Experimental Economics: Reply, 1985, *American Economic Review*, vol 75, pp 265-272, p 265)

²⁵⁴⁷ Interroger l'agent sur son comportement et sur la plausibilité de l'interprétation de son comportement de la part de l'expérimentateur peut néanmoins être utile. En effet, contrairement à la physique, nous disposons d'une capacité d'empathie et nous pouvons aussi chercher à comprendre le fonctionnement de l'individu ou des individus testés.

Afin de tester le comportement économique d'un agent, il est nécessaire de lui fournir des incitations économiques et de réduire, dans la mesure du possible, toute incitation économique non objectivement monétisable. Ses choix doivent avoir de réelles conséquences pour lui. De même que le comportement d'un joueur de poker n'est pas le même lorsqu'il joue ou non pour de l'argent (ou équivalent), l'individu ne se comportera pas de la même façon avec ou sans incitation monétaire (ou équivalente). La limitation des ressources des laboratoires ne permet évidemment pas de faire jouer les joueurs dans des situations où les enjeux sont très importants, ce qui concerne pourtant la plupart des situations envisagées par l'analyse économique du droit.

Le fait que l'agent se sait observé par l'expérimentateur ne doit pas non plus être négligé (il suffit de penser au célèbre effet Hawthorne et indirectement à l'expérience de Milgram). D'une part l'agent se situe dans une position bien particulière vis-à-vis de l'expérimentateur (par exemple, il existe une soumission naturelle). D'autre part, l'expérimentateur doit présenter l'environnement d'une façon qui ne « biaise » pas trop la perception que va s'en faire l'agent étudié ; son comportement pourrait alors être affecté, ce qui fausserait les « faits » identifiés et donc le test de la théorie. Par exemple, dans le jeu de l'ultimatum, l'agent voudra se présenter comme quelqu'un de généreux aux yeux de l'expérimentateur. Par extension, toute interaction est susceptible de fausser la libre exposition du jeu de la rationalité car elle peut modifier les coûts subjectifs.

Il faudra aussi essayer d'inhiber les comportements des agents qui ne correspondent pas directement à ce qui est testé (même si la non inhibition nous permet de mieux comprendre comment l'agent agit). Par exemple, si nous testons la réponse d'un agent à un « jeu » qui n'est pas répété, il faudra s'arranger pour que toute l'expérience intuitive de répétition du jeu ne puisse pas se mettre en route.

L'expérience en laboratoire vise donc à reconstruire un environnement stylisé au sein duquel l'individu ou le groupe d'individu va évoluer. L'expérience limite aussi les possibilités d'actions des individus : seules certaines actions leurs sont ouvertes. Enfin l'expérience en laboratoire spécifie des modalités d'interactions avec les autres membres du groupe (y compris le langage qu'il est possible d'utiliser). Ces trois derniers paramètres ne doivent pas être négligés afin d'interpréter les « faits » proposés par une expérience en laboratoire.

§2. Les problèmes liés à l'interprétation des confrontations aux faits

« *Experimentalists and other economists often use the rhetoric of “falsifying” theories, but it is clear from the totality of our professional conduct that falsification is just a means to a different end: the modification of theory in the light of evidence* »²⁵⁴⁸

Vernon Smith

« *Mais bien que l'observation de telles situations complexes ne puisse déterminer si notre affirmation conditionnelle (« si, alors ») est vraie, elle nous aidera à déterminer si nous devons l'accepter comme une explication des faits que nous observons* »²⁵⁴⁹

Friedrich Hayek

Supposons que nous disposions de données qui ne semblent pas conformes à un modèle issu de la théorie économique, en supposant que la « récolte » de données ne soit pas critiquable (ce qu'elle est pratiquement toujours puisque les données ne sont pas objectives mais construites par la représentation). En quoi ceci est-il à même de modifier notre perception de la validité épistémologique de la théorie ?

Nous montrerons tout d'abord que ces données ne permettent pas de falsifier la théorie économique sous-jacente à un modèle (A). Les données empiriques semblent davantage servir à l'expansion du modèle et à la construction de nouveaux outils qu'à sa remise en cause (comment alors considérer que la validité de la théorie économique résulte de ses capacités de prédiction puisque même en cas d'échec de prédiction, celle-ci n'est pas affectée ?). Autrement dit, les économistes ont tendance à considérer que s'il est possible d'altérer certains paramètres pour réconcilier le modèle avec les faits, il ne sert à rien de revenir sur les hypothèses de base. Cette stratégie est compatible avec ce que nous savons des processus d'apprentissage, néanmoins elle ne doit pas faire illusion : la théorie n'est presque jamais atteinte. Le risque est alors de considérer que les propositions économiques sont de pures propositions analytiques sans contenu empirique. Nous retrouvons ainsi la thèse de Duhem-Quine.

²⁵⁴⁸ Vernon Smith, *Economics in the Laboratory*, 1994, *Journal of Economic Perspectives*, vol 8, pp 113-131

²⁵⁴⁹ Friedrich Hayek, *Essais de Philosophie, de Science Politique et d'Economie*, 2007, Belles Lettres, Paris, traduction de Piton, 525 pages, p 39 (il s'agit de la traduction de Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, op cit)

Il serait cependant faux de croire que l'économie ne se soucie pas des faits empiriques ou de la « pertinence » des rationalisations *ex post*. Si certaines rationalisations n'apparaissent pas « satisfaisantes », les modifications du modèle se feront plus profondes et la théorie elle-même pourra être affectée (l'exemple du *Behavioral Law & Economics* est un exemple frappant ; toutes les différentes analyses économiques du droit revendiquent d'ailleurs une validité empirique ce qui est pour le moins problématique pour une stratégie de justification par cette validité empirique). La confrontation aux faits joue donc un rôle concernant l'appréciation subjective de la validité des modèles et de la théorie sous-jacente à ceux-ci (B).

Nous souhaitons ici montrer que la validité de l'analyse économique du droit ne peut pas être démontrée scientifiquement par une confrontation aux faits. La stratégie de validation du code économique en fonction de son pouvoir de prédiction n'apparaît donc pas satisfaisante. La validité de cette analyse ne dépend, selon nous, que d'une appréciation subjective, de la *satisfaction* que l'explication proposée pour rendre compte des faits procure. Ainsi il faudrait mêler les deux stratégies afin de pouvoir prétendre sortir du code. La diversité des analyses économiques du droit s'explique alors plus facilement : chacune considère que son cadre théorique est plus satisfaisant pour rendre compte des faits empiriques (il ne s'agit donc plus de prédire mais d'expliquer), compte tenu des contraintes méthodologiques permettant de conserver une unité suffisante dans l'approche.

A. L'impossible falsification déterminante en analyse économique du droit

Dans la section précédente nous avons insisté sur le problème posé par la conjonction de la thèse de Duhem-Quine et de la clause *ceteris paribus*. Il s'agit ici de mettre en évidence la puissance des ces éléments en matière d'analyse économique du droit. Les difficultés propres à l'identification de ce qui est testable dans la théorie et des faits que nous pouvons confronter à la théorie ne font que renforcer l'importance de ces considérations. Nous resterons ici uniquement au niveau de la critique du modèle ou de la théorie.

Nous montrerons tout d'abord que le modèle peut s'adapter à toute tentative de falsification (1), en insistant particulièrement sur les stratégies envisageables et sur des exemples concrets d'utilisation de ces stratégies. Comme le note Smith, les faits sont davantage utilisés pour étendre les modèles que pour les falsifier, contrairement à ce qui est annoncé par les économistes. Cette possibilité est liée à une théorie dont le cœur est beaucoup trop flexible (2), si bien qu'il ne peut jamais être atteint. La validité de l'analyse économique semble alors reposer sur une forme de croyance.

Au-delà, cette flexibilité du cœur pose le problème de la définition du domaine de l'économie dans la mesure où il est difficile de considérer que toute rationalité est *économique* même si toute rationalité peut être rationalisée dans le code de l'économie.

1. La possible adaptation du modèle à sa « falsification »

Face à une possible falsification empirique, un modèle économique peut revenir sur sa configuration afin de protéger la théorie. Trois stratégies sont alors possibles. Il peut conserver les éléments mais modifier leurs caractéristiques ou leurs relations (a). Cette stratégie est clairement la plus utilisée en analyse économique et en analyse économique du droit. Il peut ensuite, généralement lorsque cette première stratégie échoue, ajouter des variables (b) de façon à ce que les prédictions du modèle correspondent à ce qui est observé. Ces deux premières stratégies sont nécessaires pour explorer les potentialités d'une théorie. Enfin, et plus radicalement, le modèle (mais aussi la théorie) peut tout simplement considérer que le domaine dans lequel il a été testé n'est pas un domaine régi par ce modèle (c) mais qu'il conserve une validité pour expliquer d'autres situations. Cette structuration permet de saisir les principales variables même si les frontières entre ces trois catégories sont parfois poreuses.

Cette rationalisation du modèle correspond à une théorisation *post hoc*. La théorie semble difficilement pouvoir se justifier en raison de ses capacités de prédiction puisque le pouvoir de prédiction est construit pour prédire un fait *passé*. Cette rationalisation est cependant importante car elle conduit à des innovations théoriques. L'analyse économique, ne proposant aucune limite explicite à cette innovation théorique, risque de perdre tout contenu empirique. En pratique néanmoins, des considérations empiriques entrent en ligne de compte ; il ne faut pas que les modifications apparaissent trop artificielles.

Nous nous intéresserons ici aux stratégies mises en place par l'analyse économique du droit néoclassique traditionnelle. En effet, les autres formes d'analyse économique du droit affectent plus profondément le cœur de la théorie néoclassique et se construisent à partir d'elle.

Notons que *la flexibilité des modèles et les capacités de reconstruction constituent une des raisons de la fécondité du raisonnement économique* : ils permettent de former des hypothèses qui pourront alors ensuite être discutées et « confrontées » – ou plutôt comparées – aux données de l'expérience (c'est-à-dire aux faits et à leur interprétation).

a. La révision de la relation formelle et des caractéristiques des éléments

1. La première stratégie vise à conserver la structure générale du modèle mais à modifier les caractéristiques des acteurs du modèle.

Il est tout d'abord possible de jouer sur les préférences. En soi, tout comportement peut se justifier en postulant que l'individu a une préférence pour la réalisation de telle ou telle action. L'idée même de préférence a évolué si bien que le concept de préférence est maintenant suffisamment vaste pour ne pas « imposer » un contenu spécifique (avoir un besoin de reconnaissance ne permet pas de déterminer les actions qui seront préférées avant que le choix ne soit effectivement réalisé, d'autant plus que l'individu agit sur la base d'anticipations). Cette stratégie est donc très efficace. Le manque de précision relatif aux préférences dans les modèles économiques (les préférences sont souvent interprétées comme l'intérêt « bien entendu ») facilite la mise en place de cette stratégie.

Prenons le cas du vote. L'analyse économique du droit arrive à expliquer l'abstention mais ne réussit pas à bien expliquer le taux de participation. Après tout, le coût de voter est souvent supérieur à son gain puisque la probabilité qu'un vote fasse la différence est minime. Cette hypothèse de l'électeur rationnel (égoïste) a été élaborée par Downs²⁵⁵⁰. L'une des premières stratégies permettant de conserver l'hypothèse de rationalité de l'électeur a été de postuler une préférence pour le vote. Pour reprendre la formulation de Mueller : « *The simplest way to reconcile voter rationality with the act of voting is to posit the existence of benefits stemming from the act itself, but not dependent of the consequence of the act, that is, not depending on whether the vote is decisive* »²⁵⁵¹. Il s'agit clairement de protéger l'hypothèse de rationalité maximisatrice assise sur l'intérêt « égoïste » de l'agent et il n'est pas absurde de considérer que les individus ont des préférences civiques. Néanmoins le problème est alors de justifier l'existence d'une telle préférence mais aussi son importance, sans quoi aucune prédiction ne peut être réalisée (il faudra notamment pouvoir rendre compte des différences dans le taux d'abstention observé dans les différents Etats mais aussi entre différents scrutins). L'une des stratégies est alors d'expliquer les préférences à partir d'un modèle évolutionnaire (*infra*) même si le pouvoir de prédiction restera limité.

²⁵⁵⁰ Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, spécialement chapitres 11 et 14

²⁵⁵¹ Denis Mueller, *Public Choice III*, op cit, p 306 (plus largement voir le chapitre 14 qui traite spécifiquement de la question du vote). L'auteur a parfaitement conscience du problème qui se pose. Il ajoute : « *This modification of the rational voter hypothesis does reconcile the act of voting with individual rationality, but does so by robbing the rational, self interest hypothesis of its predictive power* » (l'auteur reproche donc un faux sauvetage de la théorie, mais l'objectif est clairement de sauver la théorie). Cette stratégie a été développée notamment par Gordon Tullock, *Toward a Mathematics of Politics*, 1967, University of Michigan Press, Ann Arbor, 184 pages, spécialement p 110.

Parmi les préférences, une méta-préférence régulièrement utilisée vise le positionnement face au risque. Si un groupe d'individus ne semble pas se comporter en moyenne comme le prévoit la théorie, il est possible que la raison soit simplement que le groupe n'est pas « neutre » face au risque. Les gens vont ainsi acheter un billet de loto alors que le coût de ce billet est largement supérieur à l'espérance de gains ; de même, certains individus préféreront un gain assuré à une prise de risque statistiquement plus lucrative. Ceci peut avoir des conséquences sérieuses, notamment pour déterminer l'arbitrage optimal entre augmentation de la sanction et augmentation de la probabilité d'être sanctionné (sans quoi, il suffirait de mettre une sanction très élevée et de limiter les moyens mis en œuvre pour assurer une détection suffisante des infractions). Le problème reste de déterminer la magnitude de cet effet en fonction des circonstances dans lesquelles se trouve l'agent (et se contenter des biais relatifs à la perception des probabilités n'est pas suffisant).

Pour reprendre l'exemple du vote, Ferejohn et Fiorina²⁵⁵² proposent une méthode permettant de sauver la théorie de l'électeur rationnel. Il suffit de considérer que celui-ci cherche à minimiser le regret possible qu'il pourra avoir suite à un vote. Son regret est évidemment nul s'il va voter et que son vote change les choses ou s'il ne va pas voter et que son vote n'aurait pas changé les choses. Par contre, s'il va voter et que son vote n'a servi à rien, il perdra le coût d'aller voter. S'il ne va pas voter et que son vote aurait pu faire changer les choses, il gagnera le coût lié au fait d'aller voter mais il perdra le gain lié à l'élection de son candidat préféré. Cette stratégie conduit en principe à aller voter (il suffit que le gain relatif à l'élection du candidat préféré soit le double du coût engendré par la participation au vote). Cette solution n'est pas parfaitement satisfaisante ; le problème de l'extension du raisonnement et notamment de la possibilité de déterminer dans quels types d'environnement l'individu adoptera telle ou telle stratégie n'est pas résolu. Pour notre propos, il suffit de signaler que cette stratégie existe et que la validité de cette stratégie ne dépend plus d'une confrontation empirique mais d'une satisfaction qui n'est pas à proprement parler scientifique (*infra*).

L'extension réalisée par ces premières stratégies touche la perception des coûts et des bénéfices ; Cette dernière n'est pas objective : les coûts et les bénéfices ne se livrent pas d'eux-mêmes, il faut les chercher (notre conception des préférences des agents n'est pas sans influence sur cette détermination) et parfois ils ne se révèlent qu'*ex post* (coûts d'opportunité). Il sera donc possible, par exemple, de modifier le « chiffrage » de ces coûts et de ces bénéfices afin que la solution soit plus « cohérente » par rapport aux faits observés. De même, il est certain que l'individu ne

²⁵⁵² John Ferejohn et Morris Fiorina, The Paradox of Not Voting : A Decision Theoric Analysis, 1974, *American Political Science Review*, vol 68, pp 525-536

dispose pas d'une information parfaite. Le modèle de l'individu rationnel maximisateur peut néanmoins être sauvé en supposant que l'accumulation d'informations est optimale (y compris en matière de choix intertemporels). Il s'agit donc d'avoir une conception étendue des coûts et des bénéfices (notamment au processus de décision lui-même).

Economiquement, nous pouvons user de cette stratégie pour expliquer que certaines normes juridiques soient des standards. Comme il est coûteux de déterminer si telle ou telle vitesse est dangereuse dans tel ou tel contexte en fonction des capacités des individus, il suffit d'instaurer une limitation globale de vitesse qui, si elle est sous optimale dans certains cas, reste, en moyenne, la solution efficiente. La même logique peut expliquer les différences entre la responsabilité sans faute et la responsabilité pour faute. Il serait aussi possible de justifier sur cette base la présence d'heuristiques relativement simples dans lesquels les individus n'examinent qu'une partie infime des informations disponibles pour prendre leurs décisions. Cette approche sort cependant du cadre théorique traditionnelle de l'économie²⁵⁵³.

Cette altération dans la perception des coûts a surtout engendré le raisonnement en termes de coûts de transaction. Ces coûts sont apparus pour justifier la présence des institutions et la diversité des structures de coordination entre les agents. L'hypothèse ne semble pas absurde même si les paramètres de ces coûts ne sont pas parfaitement définis si bien que le pouvoir prédictif est réduit. De même, un coût de transaction ne se constate pas, il se révèle par une structure de la réalité car nous considérons que les individus réagissent à un système de prix ; *le coût existe car il est supposé exister*.

L'extension de la conception des coûts peut aussi conduire à des approches intertemporelles. L'individu n'agit pas simplement en tenant compte de son intérêt direct mais aussi de son intérêt futur (le problème est alors de savoir dans quelle mesure et jusqu'à quel point). Il est ainsi possible de rationaliser certaines actions « altruistes » sans pour autant postuler que l'individu a des préférences altruistes. Toujours concernant le vote, l'individu pourra aller voter car en votant il enverra un signal sur son « type » aux autres membres du groupe ; il est une personne intéressée par la politique et concernée par le sort de son pays²⁵⁵⁴. Ce signal sera recherché soit pour obtenir

²⁵⁵³ Les travaux de Gerd Gigerenzer sont particulièrement éclairants. L'auteur ne semble d'ailleurs pas abandonner une logique de maximisation, mais cette maximisation est strictement statistique. Voir par exemple Gerd Gigerenzer, *Gut Feelings, The Intelligence of the Unconscious*, Viking, New York, 280 pages (l'auteur y développe notamment l'idée qu'une décision moins informée peut être une décision de meilleure qualité ou que, statistiquement, les décisions peuvent se prendre sur la base de quelques variables simples). Ceci n'est pas sans rappeler la conception de la rationalité chez Hayek : les individus se fondent sur des règles d'action(s) et modifient ces règles en fonction des succès ou des échecs des heuristiques adoptées.

²⁵⁵⁴ Cette stratégie de justification est étrangement absente de l'ouvrage de Mueller.

l'estime des autres membres de sa communauté (voter est une « bonne » chose), soit car cette estime le conduit à bénéficier d'un certain nombre d'avantages (il révélerait une personne qui n'est pas intéressée uniquement par son propre bien-être). Comme nous ne pouvons pas observer les motivations mais uniquement les comportements, une telle méthode de rationalisation n'est pas *a priori* absurde.

Les préférences ou la structure des coûts à partir desquelles l'agent détermine son action ne sont pas observables. La théorie nous aide à les construire en nous permettant de conjecturer cette structure. *C'est donc plus la théorie qui force les faits que les faits qui forcent la théorie* même si la relation est parfaitement réciproque ; la théorie ne peut pas ne pas tenir compte d'une perception des faits plus large que celle proposée par la théorie. Cette relation problématique entre les faits et la théorie constitue à notre avis le problème principal pour déterminer la validité de toute codification du réel.

2. La seconde possibilité permettant de ne pas trop altérer le modèle revient à toucher à sa structure formelle (et donc à l'histoire relative à ce modèle), ou à conserver l'histoire relative au modèle mais à modifier la traduction formelle de cette histoire²⁵⁵⁵. En conservant les mêmes entités, il est possible de reconfigurer leurs relations, leur positionnement ou encore la dynamique d'interaction(s). Nous considérerons ici que modifier la temporalité ne revient pas à ajouter des éléments au modèle ce qui n'est que partiellement acceptable.

La théorie des jeux constitue certainement l'un des apports fondamentaux de cette stratégie de « sauvegarde » de la théorie dans la mesure où elle permet d'affirmer, au moins lorsque le jeu n'est pas répété, que l'efficacité ne résultera pas nécessairement des choix égoïstes des agents au sein d'un marché²⁵⁵⁶ ; les individus agiront aussi en fonction de l'anticipation du comportement des autres individus.

La théorie des jeux n'est qu'un outil ; elle ne permet pas de déterminer, de prime abord, la structure pertinente pour analyser telle ou telle situation. Elle ouvre la voie à des rationalisations *ex post* et constitue un outil pour appréhender le réel (même si cet outil ne dicte pas la façon précise de l'utiliser). Skyrms considère ainsi que le dilemme du prisonnier ne constitue pas

²⁵⁵⁵ Ceci est valable lorsqu'il s'agit d'explicitier le raisonnement économique d'une juridiction. Nous ne disposons que de la décision et parfois des conclusions. Plusieurs interprétations formelles en sont possibles si bien qu'il semble possible, économiquement, que toute décision prise soit efficace d'un certain point de vue. Le principe de charité limite notre capacité à déterminer ce qui est inefficace, sans l'anéantir totalement.

²⁵⁵⁶ La théorie des jeux appartient pleinement à cette sous-partie lorsqu'elle n'oblige pas à insérer de nouveaux agents.

véritablement la forme classique du contrat social et lui préfère le jeu de la chasse aux cerfs²⁵⁵⁷. Cette modification dans la structure du jeu n'est pas sans conséquences pour la détermination de la situation finale et l'évolution de la structure sociale. Cette altération de la structure a aussi un impact sur la perception des coûts et des bénéfices qui ne sont pas définis uniquement par rapport aux choix de l'agent mais aussi en fonction des actions des autres agents.

Le problème est alors exactement le même que dans la situation précédente. S'il est possible de construire un modèle permettant de rationaliser une situation, peut-on considérer que ce modèle permet de mieux saisir ce qui se passe dans le réel ? Avancer les capacités de prédiction ne semble pas suffisant car le modèle n'est pas créé de façon objective mais en fonction de préconceptions. Ceci ne veut pas dire que la théorie des jeux ne nous apprend rien, loin de là. Mais sa valeur réside plus dans l'explication qu'elle propose que dans ses capacités de prédiction. La « connaissance » qu'elle nous apporte est beaucoup plus abstraite que ce qui semble être revendiqué. Ses résultats doivent toujours être qualifiés.

Par extension, la répétition d'un jeu ou une dynamique d'évolution permet d'obtenir des résultats souvent différents de la situation dans laquelle le jeu n'est pas répété ou dans lequel aucune dynamique d'évolution n'est à l'œuvre. Il est possible théoriquement de rationaliser n'importe quelle situation, d'autant plus que lorsque plusieurs équilibres existent, une dépendance par rapport au chemin peut jouer un rôle. Cette approche évolutionnaire des comportements permet de maintenir l'apparence de l'hypothèse de rationalité pour expliquer des apparences d'irrationalité. La tendance à coopérer ou à faire confiance semble beaucoup plus importante dans les faits que dans la théorie. Le sentiment de justice peut lui aussi s'expliquer ainsi. Même la normativité non prudentielle pourrait avoir un fondement évolutionnaire. Binmore essaye ainsi de théoriser l'idée d'une justice naturelle et retrouve l'impératif catégorique kantien²⁵⁵⁸ ; il cherche à comprendre le phénomène du contrat social et le comportement « politique » des individus.

Si nous nous lançons dans une approche évolutionnaire, les possibilités de mutation, le processus de reproduction des tendances dominantes, le positionnement des agents au début du jeu, les possibilités d'interactions, etc... seront déterminants. Ils ne sont cependant pas directement observables. Toute modification repose donc davantage sur de la persuasion que sur des considérations scientifiques. Il s'agit de faire en sorte que le modèle soit plausible.

²⁵⁵⁷ Brian Skyrms, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, op cit.

²⁵⁵⁸ Ken Binmore, *Natural Justice*, op cit. Notons que cet impératif catégorique permet de résoudre les problèmes du type dilemme du prisonnier.

Il est inutile de présenter ici l'ensemble des possibilités de modification « à type d'éléments du modèle constant ». Nous espérons avoir montré ici que la falsification de la théorie est extrêmement délicate et qu'en aucun cas elle n'est parfaitement objective, d'autant plus que cette stratégie de post rationalisation n'est pas la seule.

b. L'ajout de nouvelles variables

Si la modification de certains paramètres du modèle n'est pas suffisante, il est toujours possible de considérer que la théorie est toujours valide mais que le modèle a « oublié » certaines considérations ou certaines variables. Il ne s'agit pas de critiquer le niveau d'information du décideur dans le modèle mais celui du modélisateur ; il ne s'agit pas de critiquer la théorie mais le modèle. L'ajout de nouvelles variables permet aussi de tester la robustesse d'un modèle ; sa sensibilité à l'altération de ses hypothèses constitutives.

Certains peuvent ainsi considérer que la vente de drogue, l'inceste consenti lorsque les « participants » sont stériles, la prostitution, ou même le lancer de nain, en passant par le blasphème ou la sodomie consentie ne doivent pas être condamnés (et tous l'ont été, et parfois même le sont encore) car ils n'affectent principalement que des acteurs « consentants ». Dans certains cas, il est possible de considérer que ces situations ne sont pas sans victime : par exemple que la drogue entraînant une dépendance, les individus pourront devenir violents et n'ayant plus toute leur rationalité, ils ne pourront pas être incités à agir de façon optimale (raison pour laquelle il ne suffit pas de considérer que la consommation de drogue constitue une circonstance aggravante pour réduire sa consommation). De même, la prostitution n'est pas sans victime car il existerait alors une incitation à créer des réseaux de prostitution, etc... Enfin et surtout, rien n'empêche de considérer qu'une partie de la population est prête à payer pour qu'une autre ne puisse pas bénéficier de ces « libertés ». Ceci permet d'expliquer l'interdiction du lancer de nain, de la sodomie ou du blasphème. Cette solution est compatible avec l'efficacité au sens de Kaldor Hicks mais pose des difficultés dès lors que nous pensons que la liberté est une « valeur » en soi (ce qu'elle ne peut pas être totalement si nous considérons que seule compte l'efficacité). Certains pourront avancer que dans un tel cas, il faudrait évaluer « empiriquement » les coûts et les bénéfices ce qui n'est pas sans poser de difficultés.

Rien n'empêche de construire des considérations externes pour transformer une situation a priori efficace en une situation inefficace puis en ajoutant de nouveaux éléments de revenir sur une logique d'efficacité. De même, rien n'indique que la raison de la règle « doit être » économique ou « est effectivement » économique. Enfin Posner suggère une autre possibilité « *When laws cannot be explained as measures for correcting externalities or otherwise promoting economic efficiency, the economist is*

inclined to consider next the possibility that they are designed to redistribute wealth, perhaps at the behest of some interest group »²⁵⁵⁹. Cette conclusion est directement dictée par la nécessité de sauvegarder la logique économique et n'a plus rien de véritablement scientifique. Nous restons dans le code.

Lorsque nous examinons un cas particulier, la conclusion économique dépendra des conséquences perçues et donc des conséquences anticipées. Dès lors que nous reconnaissons que le modélisateur ne peut pas prévoir l'ensemble des conséquences – car l'univers est inscrit dans le temps –, rien n'empêche de mettre au jour de nouvelles conséquences permettant de revenir sur la conclusion d'efficacité ou d'inefficacité d'une solution particulière. Rien n'indique non plus que les juges ont pris en compte l'ensemble des conséquences possibles afin de déterminer leur solution. Cette solution est donc « conditionnée » par les éléments perçus et par le code permettant de les percevoir. Toute solution qui semble efficace ou inefficace, ne le sera que tant qu'un paramètre supplémentaire susceptible de modifier la conclusion ne sera pas ajouté²⁵⁶⁰. Dans la mesure où ces conséquences et ces coûts ne sont pas objectifs, la conclusion est conditionnée. Si nous acceptons l'incertitude relative à ce type de situation, la solution ne dépend plus uniquement des considérations économiques puisque ces considérations ne sont que partielles.

Posner introduit l'idée d'une personnalité multiple pour expliquer certains résultats obtenus par le *Behavioral Law & Economics* notamment concernant les comportements visant à lutter contre la faiblesse de la volonté. Il ne s'agit pas ici de discuter la validité de cette transformation mais d'en comprendre la logique. Posner reproche à Jolls, Sunstein et Thaler de « *give up on rational-choice economics too soon* »²⁵⁶¹ car il est possible de réinterpréter la situation en postulant d'une personnalité multiple dont les personnes ont des préférences opposées²⁵⁶². Posner ajoute donc un élément pour rendre compatible la force de la théorie avec les faits empiriques. Son objectif est de conserver l'hypothèse de rationalité maximisatrice face à l'idée d'une rationalité limitée. L'article entier cherche d'ailleurs à « sauvegarder » le cœur théorique de l'analyse économique face aux attaques de l'économie comportementale. Posner propose donc une alternative permettant

²⁵⁵⁹ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 163. Cette phrase est tirée de développement sur les crimes sans victime et notamment les crimes relatifs aux pratiques sexuelles.

²⁵⁶⁰ Friedman cite à cet égard la différence d'analyse proposée par Posner entre la première édition et la 4^e relative au cas *Rickards v. Sun Oil Co* (23 N.J. Misc. 89, 41 A. 2d 267 (1945)). Pour la discussion du cas, voir Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6^e, op cit, p 185. Pour l'analyse de Friedman, voir David Friedman, Posner, Richard Allen, op cit, p 58.

²⁵⁶¹ Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics and the Law*, op cit, p 1556

²⁵⁶² Richard Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics and the Law*, op cit, p 1555. Posner ne veut donc pas quitter le cœur théorique de l'analyse et cherche la modification la plus périphérique possible.

d'expliquer les mêmes faits empiriques sans altérer le cœur de la théorie. Le problème revient donc à choisir entre deux théories, question que nous développerons dans la suite de cette thèse (*infra*).

Lorsque nous nous intéressons à l'impact global de la modification d'une norme juridique, rien n'empêche de considérer aussi l'influence de cette norme sur les normes sociales pour conclure à l'efficacité ou à l'inefficacité de la modification. L'apparition des normes sociales dans le raisonnement économique a d'ailleurs permis de rendre compte de certaines situations dont les faits ne semblaient pas compatibles avec la théorie. Si des mesures sont prises pour lutter contre la logique des castes en sanctionnant certains comportements, et que ces comportements subsistent, ce n'est pas que la théorie est fautive, c'est simplement qu'elle n'a pas pris en compte l'ensemble des paramètres, comme l'influence du système des castes sur « l'identité » et le positionnement de l'individu dans la société. Néanmoins, ces normes sociales sont induites de notre perception économique. *C'est parce que nous supposons que l'individu réagit à des incitations que l'échec « doit » être imputé à des incitations.* Il suffit donc d'ajouter des paramètres susceptibles d'influencer des incitations pour obtenir le résultat désiré.

Dès lors que les faits empiriques ne dictent pas les éléments que le modèle doit prendre en compte, rien n'empêche d'adapter le modèle pour qu'il puisse rendre compte des faits sans toucher au cœur théorique de l'analyse économique. Cette stratégie, combinée à la première, nous semble capable de protéger la totalité de la théorie. Le risque est alors de faire des propositions économiques de simples propositions analytiques car la théorie économique reste infalsifiable.

c. Le rejet d'un domaine particulier du champ d'étude

La dernière possibilité face à un problème de compatibilité entre le modèle et les faits empiriques perçus consiste à exclure du pouvoir prédictif de la théorie une partie des domaines d'étude. La théorie reste valable en général mais ne peut pas rendre compte de certaines situations spécifiques. Par exemple, la logique de la rationalité ne serait plus valable lorsque les choix sont faits dans l'urgence et lorsque les options d'action(s) ne sont pas fixes²⁵⁶³. De même, des situations d'absence de stress (en raison du manque d'intérêts en jeu) ou de stress intense (en raison de l'impact des émotions) ne constitueraient pas des domaines de prédilection pour le modèle de rationalité néoclassique²⁵⁶⁴. Autrement dit, les modèles ne seraient parfaitement

²⁵⁶³ Jon Elster, *Rational Choice*, 1986, New York University Press, New York, 256 pages, pp 19-20.

²⁵⁶⁴ Zeev Maoz, *National Choices and International Processes*, 1990, Cambridge University Press, Cambridge, 628 pages, pp 318-321. Il existe d'autres possibilités de rationalisation. Voir spécialement les développements proposés par Green et Shapiro, même si

valables que lorsque la situation étudiée se rapproche suffisamment des hypothèses postulées. L'individu doit avoir des choix clairs, avoir la possibilité de choisir mais avoir un intérêt au choix, connaître ses contraintes, etc. Cette solution est évidemment pertinente puisqu'elle conduit à identifier, relativement à notre référentiel économique, l'impact du stress, des émotions, ou de la difficulté à identifier les opportunités. Néanmoins, dans ce cas, le modèle de rationalité ne dépend plus d'un domaine du droit mais d'un comportement postulé dans une situation régie par le droit ce qui n'est pas sans limiter la pertinence d'une discipline comme l'analyse économique du droit.

Il est aussi possible de réduire la validité de l'analyse économique en fonction d'un domaine du droit. Cette stratégie n'est cependant possible que si nous considérons que les comportements des individus varient dans les différentes branches du droit, ce qui semble incompatible avec l'extension de l'hypothèse de rationalité à toute situation de choix. Cette pratique n'est d'ailleurs que très peu pratiquée en analyse économique du droit puisque ce type d'analyse embrasse maintenant l'ensemble des domaines du droit.

Ces possibilités de protection du cœur de la théorie économique ne signifient pas que ce cœur est inutile pour mieux « comprendre » les mécanismes en jeu, ni que les stratégies de protection ne nous permettent pas de mieux « saisir » le réel. Nous souhaitons simplement signaler qu'il existe un risque de surprotéger la théorie ; à vouloir tout expliquer, l'analyse économique risque de s'enfermer dans le jeu logique et de transformer l'ensemble de ses propositions en propositions analytiques.

2. Un cœur théorique trop flexible et largement intouchable par l'expérimentation d'un modèle spécifique

Si les stratégies de protection de la théorie sont possibles, c'est que le cœur de la théorie est beaucoup trop flexible. En effet, ce cœur constitue plus un point de vue (a) qu'un ensemble de propositions falsifiables car les hypothèses sont plus relatives à une structure qu'à un contenu. Les conséquences de cette conception seront développées plus largement dans le dernier chapitre de cette thèse.

ceux-ci concernent principalement l'application à la science politique (Donald Green et Ian Shapiro, *Pathologies of Rational Choice Theory, A Critique of Applications in Political Science*, op cit, spécialement pp 27-30).

Afin de pouvoir falsifier la théorie, il est nécessaire de développer des considérations annexes (b) susceptibles de limiter les rationalisations *ex post*. L'économie ne peut donc plus se limiter à une conception strictement formelle des relations mais doit intégrer des éléments plus substantiels.

a. Le cœur du modèle comme point de vue, l'absence d'un réel contenu des hypothèses

Finalement, la logique économique repose sur une seule hypothèse : les individus agissent pour des raisons et nous supposons que, s'ils agissent, c'est qu'ils ont un intérêt à agir, l'intérêt étant entendu de façon relativement frustré. *Cette proposition est tout simplement infalsifiable car elle ne concerne qu'un point de vue*²⁵⁶⁵, un code de perception du monde, une herméneutique du soupçon pour reprendre l'expression de Ricœur. Celle-ci oriente plus la perception qu'elle ne la détermine dans sa totalité (comme nous pourrions le constater la logique est plus celle de l'abduction). C'est sur ce type de considération que Nietzsche développe la plupart de ses ouvrages²⁵⁶⁶, que Marx construit de ses approches²⁵⁶⁷ et que Freud (mais avant lui Schopenhauer) met en avant l'importance des pulsions sexuelles pour expliquer le psychisme des individus. La valeur épistémologique de cette démarche sera développée dans notre dernier chapitre.

Comme nous l'avons précisé dans le premier chapitre de notre thèse, l'hypothèse de rationalité – et avec elle la théorie économique – est infalsifiable car, sans contenu testable, elle se rapproche du principe de rationalité qui conditionne la possibilité de saisir de façon systématique le fonctionnement de l'Homme. Il est vrai que l'avancée des sciences cognitives permettra peut-être un jour d'observer le comportement de l'Homme de l'intérieur et de déterminer si l'hypothèse de rationalité économique est une hypothèse pertinente. L'idée d'efficacité n'est qu'accessoire ; elle se définit à partir de la logique de l'Homme rationnel et sa fonction principale consiste à ne pas réduire l'économie à un ensemble d'outils dont elle ne peut tirer aucune conclusion.

²⁵⁶⁵ L'économie, comme la sociologie (et notamment la sociologie bourdieusienne), la psychologie, etc... ne sont d'ailleurs que des points de vue. Dès lors que le réel ne peut être « contemplé », nous sommes réduits à la construction de points de vue permettant d'en rendre compte. Ceci ne signifie pas que ces disciplines ne nous permettent pas de saisir quelque chose du réel mais qu'aucune ne peut prétendre saisir la totalité de celui-ci.

²⁵⁶⁶ Nous pensons spécifiquement à Friedrich Nietzsche, *La Généalogie de la Morale*, op cit, ou encore Friedrich Nietzsche, *Par Delà le Bien et le Mal*, op cit, même si son œuvre tout entière peut être lue dans cette optique. L'homme n'étant qu'un animal sophistiqué, il ne peut se débarrasser de son « animalité », il est donc mu par des pulsions assez primaires qu'il peut cependant tenter de masquer par sa croyance dans une civilisation. Cette vision est évidemment extrêmement pessimiste mais ne peut être scientifiquement infirmée.

²⁵⁶⁷ La lutte des classes n'est qu'une lutte d'intérêts.

L'analyse économique du droit ne peut donc pas être attaquée comme point de vue. Pour que la critique soit déterminante, il doit exister un méta-point de vue permettant de juger la pertinence des points de vue, ce dont nous ne disposons toujours pas à l'heure actuelle (et il n'existe d'ailleurs pas de point de vue neutre)²⁵⁶⁸. L'attaque déterminante ne pourra donc être que rhétorique et non scientifique car tout est postrationalisable dans le code de l'économie (ce qui en constitue à la fois la force et la faiblesse) ou dans n'importe quel autre code suffisamment global (comme l'approche bourdieusienne). Les économistes qui n'utilisent pas l'hypothèse de rationalité néoclassique ne font que défendre un autre point de vue dont ils pensent que la pertinence est plus grande (sans quoi ils ne l'adopteraient pas). Le problème n'est cependant plus de prédire mais d'expliquer ; les choix méthodologiques entre possibilité de prédire et capacité à « bien » expliquer (plus précisément à croire que l'explication est suffisamment pertinente) permettent de saisir, à notre avis, les choix réalisés par les différents courants au sein de l'analyse économique du droit (*infra*). Ceci ne signifie pas que nous ne pouvons rien apprendre des points de vue pour la prise de décision, mais simplement que pour pouvoir apprendre à partir d'un point de vue il est nécessaire d'avoir conscience qu'il s'agit d'un point de vue.

b. La possibilité de développer des considérations annexes

L'économie, afin de se positionner comme approche falsifiable, devrait développer des considérations annexes permettant de mieux cerner ce qu'est le domaine de validité de l'économie. Cette stratégie est largement utopique et souvent même contre-productive.

D'une part, en postulant d'un contenu plus spécifique de la théorie économique, nous serions conduits à en réduire les possibilités de développement ; pareillement, une partie des développements actuels ne pourraient plus faire partie de l'économie. L'extension de la conception des préférences a ainsi été dictée par la nécessité de pouvoir rendre compte de faits qu'il était délicat d'expliquer dans une conception étroite des préférences. Par exemple, comment expliquer qu'un individu préfère de la viande à du poisson un jour et du poisson à la viande un autre jour si nous réduisons les préférences à « préfère de la viande » ou « préfère du poisson »²⁵⁶⁹. En étendant la dimension abstraite des préférences, nous étendons les phénomènes appréhendables par l'économie mais nous réduisons le pouvoir de prédiction. Nous ne cherchons plus qu'à expliquer à partir d'un point de vue.

²⁵⁶⁸ Il nous semble cependant qu'il existe une forme d'intuition de la pertinence d'une approche.

²⁵⁶⁹ Et par extension, nous pourrions considérer que le type de viande et le type de poisson sont importants.

De même, en étendant l'idée de coût, notamment à l'aide des *shadow prices*, nous pouvons sortir l'économie du domaine marchand (même si ce domaine est lui-même délicat à définir). Il s'agit donc d'étendre l'hypothèse de rationalité pour explorer le monde et, malheureusement pour certains, nous ne pouvons l'explorer qu'en formulant des hypothèses. Si ces explications ne sont pas satisfaisantes, elles nous conduisent au moins à nous interroger, ce qui fait progresser notre connaissance (ou son illusion).

D'autre part, réduire les capacités d'extension des modèles ne permettrait pas de solutionner l'ensemble des difficultés, l'économie resterait un point de vue (plus spécifique). Les asymétries d'informations, les coûts d'opportunité, l'information optimale, la dépendance par rapport au chemin, etc... ont été originellement développés dans le cadre du domaine marchand ou pour expliquer des phénomènes considérés comme économiques. De même, l'absence de consensus relatif à l'explication de phénomènes économiques au sens strict témoigne de l'absence d'un test parfaitement scientifique permettant de discriminer entre différentes codifications du réel.

Ceci ne signifie pas que seul le point de vue compte ; c'est la relation entre le point de vue et une perception de la réalité qu'il faut examiner pour commencer à saisir la valeur des informations fournies par l'analyse économique du droit.

B. La confrontation aux faits comme appréciation subjective de la pertinence des théories sous-jacente aux modèles

Si l'analyse économique est infalsifiable avec certitude puisqu'il est toujours possible d'adapter le modèle sans toucher à la théorie, sa validité ne dépend pas de cette falsifiabilité. La confrontation aux faits reste nécessaire dans la mesure où elle favorise un dépassement du code ; les faits ne peuvent cependant pas *valider*, à eux seuls, le raisonnement.

La validité du point de vue offert par l'analyse économique repose sur une appréciation subjective de sa pertinence, sur une satisfaction des explications fournies par rapport à une perception des faits. La confrontation aux faits, lorsqu'elle est satisfaisante, permet de renforcer la croyance dans la pertinence de l'analyse économique du droit (1). Lorsqu'elle réussit à s'adapter aux faits sans que cette adaptation ne semble trop artificielle, le cœur théorique du point de vue semble renforcé. Notons à ce propos qu'*un modèle n'est pas là pour décrire la réalité mais pour organiser notre perception*. C'est l'organisation satisfaisante de nos ressentis qui nous permet de considérer que le modèle a quelque chose à voir avec la réalité (il en devient une possibilité).

La confrontation aux faits devrait aussi permettre, idéalement, de discriminer entre des théories concurrentes, même si cette discrimination ne peut se faire, elle aussi, qu'en fonction de

considérations plus subjectives que scientifiques (2) puisque le choix ne peut pas reposer sur un critère strictement scientifique. Ce choix ne se fera pas en fonction des capacités de prédictions mais d'une appréciation de l'explication fournie. L'analyse économique du droit met d'ailleurs davantage en avant son pouvoir explicatif que son pouvoir prédictif.

1. la confrontation aux faits comme indice de pertinence de la théorie sous-jacente au modèle

a. La confrontation aux faits perçus ne vise pas, principalement, à falsifier les modèles économiques du droit. Elle sert avant tout à tester une pertinence estimée du point de vue économique sur le droit ; elle est fondamentale à cet égard. Ainsi lorsque l'analyse économique du droit semble pouvoir rendre compte de façon non artificielle d'un phénomène juridique (les droits de propriété par exemple), nous pouvons penser que l'analyse économique « explique » quelque chose, qu'elle dépasse l'analytique. Posner affirme ainsi à la fin d'un article consacré à l'analyse économique du crime : « *Although judges and legislators do not often speak the language of economics, this Article suggests that they often do reason implicitly in economic terms, and that economic analysis is therefore helpful in explaining the basic structure of law, including the criminal law* »²⁵⁷⁰. De même, nous avons pu observer le passage de l'hypothèse d'efficacité de la *common law*, à la possibilité de « décrire » la *common law* à travers la logique de l'efficacité. La possibilité d'utiliser un codage économique du droit a ainsi pu faire croire que la structure du droit était économique alors que ceci n'est pas démontré mais simplement argumenté.

Le risque est ainsi de considérer, sans plus d'analyses, que le mécanisme causal proposé par l'analyse économique du droit pour expliquer la survenance d'un phénomène juridique correspond au mécanisme causal *présent* dans le monde. Instinctivement, nous avons tendance à passer de la validité perçue des prédictions à la validité du mécanisme causal conduisant à ces « prédictions ». Après tout, comment peut-on prédire si le mécanisme causal ne retranscrit pas une part de « vérité » ?

Si l'analyse nous propose une explication possible d'un phénomène (car elle est capable de le prédire *ex post*), comment savoir si cette explication est « valable » ? Le problème n'est plus de pouvoir prédire mais de considérer que l'explication proposée est *plausible* ou au moins *pertinente*. La perception des faits (et la confrontation aux faits) joue donc un rôle pour l'appréciation de la pertinence des explications proposées par l'analyse économique. Même lorsqu'elle rationalise une

²⁵⁷⁰ Richard Posner, *An Economic Theory of Criminal Law*, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 1193-1231, p 1230

situation *ex post*, la « non artificialité » de la rationalisation peut laisser croire à l'existence d'un véritable fondement économique.

Il est évidemment toujours possible de considérer que l'explication proposée est satisfaisante car elle respecte un code. Néanmoins cette stratégie revient à réduire l'importance de la perception des faits et à entrer dans le strict jeu logique ; dans un tel cas, nous présupposons la validité du code. Plus l'appréciation de la validité dépendra de considérations relatives à la méthode, plus la méthode forcera les faits. La stratégie posnérienne de sauvegarde de la théorie économique traditionnelle face aux attaques de l'économie comportementale traduit ce type de situation. Le choix entre des théories concurrentes fera l'objet de notre prochaine division.

Pour que ce mécanisme d'appréciation de pertinence puisse jouer, il est nécessaire de considérer que nous pouvons, au moins intuitivement, apprécier le réel au-delà des théories explicites qui nous permettent d'en rendre compte, sans quoi toutes les possibilités de dépassement du code et toutes les appréciations critiques des explications proposées sont réduites à néant. L'analyse économique sera alors jugée pertinente car elle semble retranscrire, même schématiquement, une dimension de notre perception du réel. Nous présenterons les raisons qui, selon nous, militent pour une pertinence de l'analyse économique du droit dans le dernier chapitre de cette thèse.

Afin de pouvoir apprécier avec suffisamment d'objectivité cette pertinence, il faudrait que les indices de pertinence puisse émerger, ce qui nous semble impossible (car ils ne peuvent émerger explicitement qu'à partir d'un code, ce qui ne fera que repousser le problème). Ces indices proviennent d'un dialogue entre la théorie, les faits traduits dans la théorie, et une perception plus globale des faits. La validité de l'analyse n'est donc pas scientifique mais rhétorique.

b. Pour que le point de vue économique puisse être considéré comme pertinent, il doit être satisfaisant sur un domaine étendu. Ceci implique que le cœur de la théorie économique puisse être confronté aux faits de façon répétée pour que les faits puissent enrichir la théorie sans la rendre trop artificielle. Il ne suffit donc pas que l'analyse économique puisse expliquer de façon satisfaisante un ou plusieurs faits spécifiques pour qu'elle puisse s'assurer de sa pertinence ; il est nécessaire qu'elle puisse expliquer des classes de faits.

L'idée de classes de faits signifie que nous percevons que certains faits révèlent une même structure abstraite (spatialement et/ou temporellement). Cette perception n'est pas liée uniquement au codage du réel par une discipline particulière (il ne faut pas que le code d'explication puisse déterminer les classes de faits) mais par une perception plus abstraite du phénomène. Si l'analyse économique semble pouvoir rendre compte d'une classe de faits (les

phénomènes normatifs dans leur ensemble), la confiance que nous pouvons avoir dans sa pertinence sera renforcée. Plus un point de vue semble capable de rendre compte d'une variété de phénomènes plus ce point de vue peut sembler plausible, ou au moins pertinent.

Ce n'est que lorsque les explications proposées par l'analyse économique ne permettent pas de rendre compte de façon satisfaisante d'une classe de faits que nous serons incités à modifier des hypothèses plus profondes de la logique d'explication. Le passage de l'économie classique à l'économie comportementale et l'utilisation des coûts de transaction de manière intensive en économie néo-institutionnelle témoignent d'une insatisfaction dans les explications proposées par la théorie économique traditionnelle. Il ne s'agira pas pour nous d'argumenter en faveur d'une approche économique spécifique mais de reconnaître que les questions qui se posent et les conceptions de la satisfaction varient entre les méthodes économiques. Le problème est alors de saisir ce que peut bien signifier l'idée de satisfaction, mais aussi de savoir comment réussir à discriminer lorsque deux analyses semblent pertinentes pour expliquer une situation.

2. la confrontation aux faits et la compétition entre les théories

La confrontation aux faits permet de renforcer notre appréciation subjective de la validité de l'approche économique ou de l'approche économique spécifique que nous avons adoptée. Idéalement, nous devrions pouvoir disposer de critères permettant de discriminer entre des explications concurrentes d'un phénomène particulier. Si tel n'est pas le cas, un juge, face à deux arguments économiques (ou deux arguments juridiques), ne sera pas à même de déterminer quel argument sera le plus « fort ».

a. Plusieurs critères sont envisageables afin de discriminer entre des explications alternatives. Nous pouvons retenir que l'explication la plus simple sera *considérée* comme la plus « plausible ». N'est-il pas plus simple de considérer que l'Homme ne fait que rechercher son intérêt ? N'est-il pas préférable de favoriser une explication en termes d'individualisme méthodologique qu'en termes holistiques ? Nous retrouvons alors le rasoir d'Occam. Expérimentalement pourtant, il semblerait qu'un degré de complexité suffisant soit nécessaire pour *juger* que l'explication ou la prédiction est plausible²⁵⁷¹ (lorsque nous ne disposons d'aucune donnée relative à une situation particulière).

²⁵⁷¹ Voir notamment Gerd Gigerenzer, *Gut Feelings, The Intelligence of the Unconscious*, op cit, notamment chapitre 8 et la figure p 84.

L'auteur présente ses résultats en faveur d'une prise de décision ne tenant compte que d'un nombre d'éléments limités. Il

L'explication systématique pourra aussi constituer un critère ; nous retrouvons l'opposition entre l'économie expérimentale et Posner (du point de vue de Posner). La méthode doit permettre d'embrasser des situations beaucoup plus larges avec les mêmes outils ; il ne faut pas rejeter trop vite les hypothèses qui se sont montrées satisfaisantes dans d'autres domaines lorsqu'il semble possible de les rationaliser sans les rejeter. Privilégier l'explication systématique semble favoriser une approche plus « positiviste » des faits. Qu'est ce qui pourrait nous permettre cependant de valider une telle considération ? Il s'agit de postulats méthodologiques et non de points soumis au débat : nous supposons qu'il existe des « lois » dans le comportement des individus. L'économie se positionne alors comme une approche globale des choix.

La possibilité de réunir un consensus soit au niveau de la communauté globale, soit au niveau d'une communauté scientifique plus restreinte peut aussi constituer un critère. N'est-ce pas la raison pour laquelle l'économie néoclassique reste la méthode traditionnelle en économie du droit ? Nous retrouvons alors la position de Kuhn et de la sociologie de la connaissance scientifique. Dans ce cas, la connaissance n'est que relative à un paradigme et n'est finalement que conventionnelle. Si nous souhaitons nous rapprocher d'une « vérité », lorsque nous considérons qu'elle est atteignable, cette solution n'est pas pleinement satisfaisante ; elle nous apporte des éclairages et des outils pour penser le monde mais rien n'en garantit la pertinence.

Enfin, la conformité à ce qui est « sensible » peut constituer un dernier critère. Comme nous sommes dans le domaine des sciences sociales et que nous avons des capacités d'introspection, l'explication proposée ne devrait pas être en total désaccord avec une certaine intuition de comportement. La force de l'analyse économique du droit se trouve à ce niveau ; les histoires proposées semblent plausibles et flattent notre goût pour le désenchantement.

b. Ces critères ont tous leur intérêt (et à notre avis entrent presque tous en ligne de compte lorsque nous évaluons les résultats proposés par l'analyse économique du droit) mais aucun (individuellement ou par sous-ensemble) ne peut être considéré comme un critère ultime « objectivement » ou « scientifiquement ». En effet, il faudrait alors que nous disposions de critères pour évaluer les critères ce qui ne fait que repousser le problème. Cette critique a d'ailleurs été avancée par Feyerabend pour critiquer le falsificationnisme perfectionné de Lakatos. *La méthode scientifique ne peut pas prouver sa scientificité* : elle n'est elle-même qu'un code qui ne peut pas se justifier à partir de sa propre structure.

montre que, si du point de vue de la pertinence de l'explication cette méthode n'est pas jugée pertinente (relativement), elle permet de prédire avec souvent de meilleurs résultats qu'une méthode de décision complexe.

Ce seront alors nos attentes subjectives relatives au programme de recherche qui détermineront les critères pertinents d'évaluation de celui-ci mais aussi la pertinence des analyses proposées pour rendre compte de tel ou tel phénomène juridique. Le problème reste bien évidemment que ces « attentes » ne sont que rarement explicitées si bien que c'est un sentiment de satisfaction qui nous poussera à accepter ou à essayer d'aller au-delà des explications proposées.

La raison pour laquelle l'analyse économique du droit est divisée en plusieurs sous types d'analyse provient d'attentes différentes relatives à la théorie mais aussi d'une approche différente de ses objectifs. Les unes seront considérées comme trop vagues (institutionnalisme, économie comportementale), les autres comme trop attachées à la sauvegarde du cœur de la théorie (approche néoclassique). Ces comparaisons ne sont que relatives au point de vue adopté par un analyste.

c. L'évaluation des différentes théories semble s'effectuer à partir de plusieurs considérations. La principale est liée à la perception du rôle de la science lorsque nous cherchons à expliciter le social. Trois paramètres entrent dans cette considération.

c1. La possibilité de prédire, ou le sentiment de pouvoir prédire sans commettre trop d'erreurs. Cette possibilité conduit à privilégier des approches permettant de dégager des résultats « nets » et utilisant une méthode uniforme d'approche des phénomènes. Le social serait alors comme l'univers physique, un univers réglé par des lois qu'il serait possible de dégager ; le droit pourrait alors être construit rationnellement. Cette vision est largement nuancée dans les méthodes économiques les plus récentes²⁵⁷².

c2. Le deuxième paramètre touche la capacité à fournir des explications systématiques. Même si nous ne pouvons pas prédire avec précision, nous recherchons des principes d'explication(s) systématique(s). Cette stratégie est une prolongation de la première (elle prend acte de ses déficiences). Elle sert notamment lorsque nous cherchons des explications évolutionnaires des phénomènes. Si nous ne pouvons plus prévoir ce qu'un individu ou un groupe d'individu fera, il est possible de « rationaliser » la situation à l'aide d'un principe directeur unique. Ce principe devra être considéré comme suffisamment proche de la réalité pour être considéré comme

²⁵⁷² Mais aussi en physique puisque les théories de la relativité générale et de la physique quantique sont incompatibles

valable. L'acceptation actuelle des théories de l'évolution favorise ainsi des explications sur ces bases.

c3. Le dernier paramètre qui entre dans ces considérations conduit dépasse la simple recherche d'explications plausibles pour une compréhension. Il s'agit donc d'aller au-delà de l'explication systématique et de rechercher, par introspection, la plausibilité du mécanisme mis en évidence.

En jouant sur ces trois paramètres, nous retrouvons, à notre avis, les oppositions entre les différents types d'analyse économique du droit, de l'analyse la plus positiviste à l'analyse la plus sociologique. En tout état de cause, les résultats de la méthode ne peuvent être bien appréciés que si nous connaissons la logique de la méthode. C'est en connaissant les biais des approches que nous pouvons les dépasser.



© J.L.

Ou comment la mouche a réussi à sortir de la bouteille

Titre 2. Renversement de l'analyse et identification de la valeur épistémologique de l'analyse économique du droit

« ces constructions juridiques exigent plus que de la technique, elles réclament de l'intuition artistique et le construit est une œuvre d'art, non pas une œuvre technique »²⁵⁷³

Maurice Hauriou

« If man is not to do more harm than good in his efforts to improve social order, he will have to learn that in this, as in all other fields where essential complexity of an organized kind prevails, he cannot acquire the full knowledge which would make mastery of the events possible. [...] The recognition of the unsurpassable limits to his knowledge ought indeed to teach the student of society a lesson in humility »²⁵⁷⁴

Friedrich Hayek

La connaissance proposée par l'analyse économique du droit ne vaut pas principalement pour ce qu'elle dit sur le droit ou les phénomènes juridiques. Nous l'avons vu dans le titre précédent, il est difficile de qualifier la valeur épistémologique des propositions économiques et de pouvoir discriminer entre ce qui est « vrai » analytiquement (en vertu du code) et ce qui est « vrai » empiriquement (ce qui dépasse le code), l'analytique et l'empirique constituant une forme de tout (c'est à travers la théorie que nous percevons le réel et c'est ce réel qui influence notre perception ; le monde ne peut donc jamais être plus qu'une représentation). Les connaissances économiques ne nous semblent d'ailleurs pas *démonstrables* empiriquement mais simplement *justifiables*. L'analyse économique du droit ne peut donc pas être parfaitement considérée comme une science et l'évaluation critique de ses résultats est une précondition à son utilisation pour une action concrète. Contrairement à la physique, les relations économiques peuvent évoluer (la connaissance d'une loi de la physique ne modifie pas le fonctionnement du monde, mais simplement sa perception ; la connaissance d'une « loi » de l'économie peut modifier le fonctionnement de l'économie car les individus agissent à partir des perceptions).

²⁵⁷³ Maurice Hauriou, L'Ordre Social, la Justice et le Droit, 1927, *Revue trimestrielle de droit*, pp 795-825, p 825

²⁵⁷⁴ Friedrich Hayek, The Pretence of Knowledge, op cit, p 34

Il convient alors de faire appel à des considérations qui vont au-delà des fondements de l'analyse économique et qui touchent à une « perception intuitive »²⁵⁷⁵ du droit ou du fonctionnement des individus, mais aussi à une théorie de la connaissance. Il s'agit en effet d'évaluer le code, et *un code ne peut s'autoévaluer car il ne peut pas apprécier la perception qu'il propose* (il ne peut démontrer sa propre validité puisque celle-ci est postulée). Il faudra donc soit en évaluer la correspondance avec une conception intuitive du droit ou des mécanismes juridiques (qui, eux-mêmes, pourront évoluer avec la perception économique proposée), soit examiner le processus de production des « connaissances » (satisfait-il à une épistémologie satisfaisante ? A quelles conditions peut-il être accepté ?). En tout état de cause, il s'agit de dépasser l'économie du droit à partir d'une réflexion sur l'économie et sur ses limites. C'est à cette condition que nous pourrions retrouver le droit.

La valeur de l'analyse économique du droit se situe principalement dans son renversement. Si les connaissances positives fournies par cette analyse ne sont pas démontrables empiriquement (et que nous considérons que cette démontrabilité est le seul gage de validité, ce qui est loin d'être le cas, même dans un système aussi complet que l'arithmétique²⁵⁷⁶) et restent largement analytiques, elles ouvrent des perspectives et améliorent notre connaissance de l'objet et de nos méthodes. Si l'efficacité semble dicter une solution différente de la solution traditionnellement acceptée en droit, il est possible soit d'étendre le modèle économique pour faire correspondre la solution juridique avec l'efficacité, soit de justifier que l'efficacité n'est pas une donnée primordiale en la matière, soit de modifier la solution juridique. Rien, scientifiquement, ne nous permet d'identifier la solution la plus adéquate. Par contre, en la recherchant, nous améliorons notre « connaissance » des phénomènes (en mettant au jour des conditions de possibilité et des structures particulières).

Ainsi, c'est à travers ce que l'analyse économique du droit fait et les débats qu'elle engendre que nous pouvons considérer que nous disposons d'une – ou plus précisément que nous nous acheminons vers une – « meilleure » connaissance des phénomènes juridiques ; *c'est à travers les questions qu'elle pose ou qu'elle incite à poser que notre connaissance peut progresser* (la connaissance ne pouvant progresser qu'à travers notre capacité à pousser toujours plus loin nos points d'interrogation ; sans questionnement, il n'y a pas de connaissance). En effet, elle nous conduit à justifier ou à repenser certaines de nos pratiques ou certains de nos arguments (la question de la normativité du droit ou de la raison d'être du droit, mais aussi la question du critère d'une « bonne décision judiciaire » ou des distinctions entre différentes disciplines juridiques). Elle

²⁵⁷⁵ Cela signifie que notre cognition est bien différente des processus supposés par l'économie, elle n'est pas séquentielle mais parallèle (*infra*)

²⁵⁷⁶ N'oublions pas que la vérité dépasse la démonstration comme en témoigne le célèbre théorème de Gödel. Nous montrerons qu'il est préférable de s'affranchir de toute certitude en matière de sciences sociales.

favorise aussi une véritable exploration conceptuelle non seulement du raisonnement juridique (quelle est sa rationalité ? quelle est sa cohérence ? quelles sont ses hypothèses ? quelles sont les dimensions « morales » du raisonnement juridique ?) mais aussi des catégories juridiques (que signifie « bon père de famille », « service public » ? quand peut on parler de discrimination, etc. ?). En cherchant à expliquer (ou en identifiant) en quoi l'approche juridique des phénomènes juridiques diffère de l'approche économique des phénomènes juridiques, nous pouvons espérer mieux saisir ce qu'est l'approche juridique et ce que sont les phénomènes juridiques. La nécessité de justification témoigne d'ailleurs d'une « non évidence » concernant la pratique juridique et les objets qu'elle mobilise. Ce n'est que par un regard extérieur sur une discipline que celle-ci peut avancer.

L'analyse économique du droit ne peut pas nous conduire à des certitudes sur son objet d'analyse car cet objet est, en partie, formé par son étude. Elle peut cependant améliorer notre perception de cet objet qui reste fondamentalement inconnaissable (si nous supposons qu'il est possible de distinguer entre la méthode et l'objet). Il ne s'agira pas ici simplement de s'interroger sur la progression de notre connaissance théorique – évidente – mais surtout d'analyser la possibilité d'utiliser les résultats de l'analyse économique du droit pour agir sur le monde.

Ce titre sera composé d'un chapitre unique. Nous chercherons à identifier la place du raisonnement économique pour approcher et saisir les phénomènes juridiques. Nous montrerons que l'analyse économique est un point d'observation à partir duquel un débat peut s'engager (à la fois pour les propositions descriptives et normatives) puisque la position de l'observateur est connue. Le fait que les résultats de l'analyse économique soient largement analytiques n'est alors plus « gênant ». *C'est parce que l'analyse économique est un code articulé et qu'elle a conscience d'être un code qu'elle peut être dépassée* (et même en un certain sens se dépasser) pour nous permettre de mieux saisir les phénomènes juridiques et les problèmes de la décision en droit. Sa force épistémologique se trouve autant dans l'articulation de son code (dans ses fondements) que dans son utilisation.

En nous fournissant un point de départ (un système référentiel), l'analyse économique du droit nous permet de nous interroger sur nos pratiques mais aussi sur les limites de ce point de départ (et donc des conclusions proposées). Elle peut alors devenir une clef pour la compréhension des phénomènes juridiques parce qu'elle va « isoler » une dimension spécifique (postulée) de ces phénomènes. Elle ne peut cependant prétendre embrasser l'ensemble du phénomène qu'elle étudie en raison de la complexité du social et des forces qui agissent sur celui-ci. Elle n'est donc qu'un nouvel outil – parmi d'autres – pour penser les phénomènes juridiques et, épistémologiquement, doit être saisie comme telle.

Pour que la mouche apprenne à sortir de la bouteille à mouches, il faudrait qu'elle prenne conscience de sa situation pour pouvoir la dépasser ; c'est en prenant conscience que sa perception est biaisée qu'elle pourra espérer en sortir, au moins symboliquement, même si aucune garantie n'existe. De même, pour espérer sortir de la bouteille « économie » ou de la bouteille « droit » (et des différentes sous-bouteilles formées par les sous-théories), il faut percevoir en quoi notre vision est biaisée à l'intérieure de celle-ci même si elle nous fournit un système d'interprétation des phénomènes juridiques.

Chapitre unique. Le code comme code, réflexivité et jugement : la place de l'analyse économique du droit dans les approches juridiques

*« It is thus a theory which does not have the task of teaching us to understand generally and in their totality social phenomena or even human phenomena [...] it has only the task of affording us the understanding of a special side of human life »*²⁵⁷⁷

Carl Menger

*« J'aurai ainsi uniformisé la description de la surface. Cette forme unique est arbitraire, car j'aurais pu utiliser avec le même succès un réseau à mailles triangulaires ou hexagonales. [...] Aux différents réseaux correspondent différents systèmes de description du monde »*²⁵⁷⁸

Ludwig Wittgenstein

Ce chapitre visera à identifier l'apport de l'analyse économique du droit et donc la valeur de ses propositions pour la compréhension du droit mais aussi pour le raisonnement juridique. Il s'agira de saisir en quoi cette analyse est « pertinente » pour appréhender des phénomènes juridiques, même si ses résultats ne peuvent pas être qualifiés avec précision. Ce manque de précision, entraînant une réflexion, engendre la pleine puissance – mais aussi les limites – de l'analyse économique du droit. Nous étendrons ici les intuitions proposées dans l'introduction de ce titre.

Nous monterons tout d'abord que la seule véritable prétention de l'analyse économique du droit est de se constituer en système d'interrogation articulé des phénomènes juridiques (Section 1), même si elle cherche à se donner les aspects d'une réflexion scientifique²⁵⁷⁹. A travers son code,

²⁵⁷⁷ Carl Menger, *Investigations Into the Method of the Social Sciences*, 1996, Libertarian Press, Grove City, 234 pages, p 60

²⁵⁷⁸ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, [1922] 1993, Gallimard, Tel, Paris, 125 pages, p 106, proposition 6.341. Cette proposition semble devoir être lue avec la proposition 6.342.

²⁵⁷⁹ Soulignons aussi l'importance du vocabulaire utilisé. Sa connotation n'est pas neutre car l'idée de rationalité ou d'efficacité n'est pas considérée sous l'angle technique dans le cadre de l'économie ; nous étendons les concepts techniques au « sens » qu'ils peuvent avoir dans le langage courant. Affirmer que telle ou telle solution est efficace n'est normatif que si nous considérons que l'efficacité n'est pas une norme technique du point de vue de l'économie. Considérer que telle ou telle action n'est pas rationnelle n'est pas un jugement de valeur si la rationalité est « définie ». C'est en sortant les propositions économiques de leur cadre que le sens de ces propositions se perd.

elle nous propose une « histoire » et des questionnements pour cerner les phénomènes juridiques. Elle entraîne ainsi un cycle de recherche (à la fois économique et extra-économique) sur les dimensions identifiées. Elle nous oblige à nous interroger sur la fonction du droit ou sur la perception du juste, et sur les tensions, lorsqu'elles existent, entre les résultats juridiques et les résultats économiques.

L'analyse économique du droit propose un point de comparaison dont le système de génération est explicite, ce qui impose le questionnement des systèmes de génération des positions différentes ou au moins la recherche des paramètres qui diffèrent de ceux pris en compte par l'analyse économique. La connaissance théorique fournie ne se limite donc pas à l'usage du code mais touche aussi (et se trouve même principalement dans) le questionnement à partir du code. L'idée de renversement me semble pouvoir aider à conceptualiser cette pratique.

Nous analyserons ensuite la question de l'utilisation pratique des résultats du code (Section 2), c'est à dire la place du raisonnement économique dans le raisonnement juridique, en insistant tout particulièrement sur l'opposition entre le rationnel et le raisonnable. Nous retrouverons le problème du pragmatisme et la question de la spécificité du jugement comme procédure de décision. Nous mettrons en évidence les limites du codage économique pour saisir la complexité d'un processus de jugement. Si les paramètres économiques entrent dans le processus de jugement, leur place est variable et ne peut rendre compte de l'ensemble du processus. *Ce sera par les perspectives qu'elle ouvre plus que par les résultats effectifs proposés que l'analyse économique du droit sera pertinente.*

Section 1. L'analyse économique comme système d'interrogation, l'apport épistémologique à travers le renversement

« *Les sciences sociales sont en mesure de fournir au juriste un minimum de connaissances sur l'action humaine qui raffinent subtilement son intuition* »²⁵⁸⁰

Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau

« *Il ne saurait exister pour la science des vérités acquises. Le savant n'est pas l'homme qui fournit les vraies réponses ; c'est celui qui pose les vraies questions* »²⁵⁸¹

Claude Levi Strauss

L'analyse économique part d'une considération pratique : le droit a un effet sur le comportement des individus (la question de la formation des préférences étant laissée de côté) et cette dimension doit être prise en compte. Ceci ne signifie pas que le droit n'est que cela, ni même qu'il est tout cela, mais simplement que c'est sous cette optique que le droit sera observé et que des tensions pourront être mises au jour.

Les propositions de l'analyse économiques du droit devront alors être remises dans leur contexte. Ces propositions sont largement analytiques et dérivent d'un code articulé. Cette articulation explicite fait toute la différence et peut laisser espérer une forme de dépassement du code (même si cette transcendance est techniquement impossible). Les idées d'un marché des bébés, ou du mariage comme sécurisation en vue de la procréation, se comprennent à partir du code économique et de la perspective adoptée. Si nous rejetons les résultats, c'est que nous modifions notre perception, soit en augmentant les détails économiques (nous restons alors dans le code économique mais nous devons justifier en dehors de ce code l'ajout de ces nouveaux éléments), soit en sortant de la stricte logique économique, ce qui suppose une justification des fondements de cet autre point de vue. L'analyse économique nous aide donc à prendre conscience des mécanismes mis en œuvre dans l'analyse des phénomènes juridiques parce qu'elle se constitue à partir d'un code articulé. *Ce n'est pas par l'utilisation de son code qu'elle nous apprend (même si cette utilisation stimule l'imagination), c'est par le dialogue qu'elle entretient avec nos perceptions et les autres sciences sociales.*

²⁵⁸⁰ Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse Economique du Droit*, op cit, p 6

²⁵⁸¹ Claude Levi Strauss, *Mythologiques : Le Cru et le Cuit*, 1964, Plon, Paris, 402 pages, p 15

Cette dimension correspond à ce que j'appellerai le renversement externe (§1). L'analyse économique, en proposant un point de vue à partir d'un code articulé, fournit un point de référence à partir duquel une interrogation sur les phénomènes juridiques est possible. En fixant un point de référence dont la construction est connue, elle permet une comparaison « signifiante » et ainsi l'identification des éléments qui ne semblent pas avoir été pris en compte ou qui « divergent ». Ces éléments non pris en compte pourront se justifier à l'aide de nouvelles considérations économiques et le cycle se reproduira alors. Néanmoins, ce qui compte c'est que l'analyse économique interroge nos approches et nos conceptions des phénomènes juridiques et améliore ainsi notre connaissance de ceux-ci (puisque toute connaissance passe par un questionnement). Au-delà, elle peut mettre en évidence une inadéquation d'un modèle de cognition ou de questionnement.

A côté de ce renversement externe, qui concerne plus directement notre connaissance des mécanismes juridiques, il existe aussi un renversement interne (§2) qui touche l'interprétation de la représentation économique des phénomènes. L'idée est celle d'une réflexivité à partir du code. *En sachant que le code n'est qu'un code, nous pouvons améliorer notre intuition quant à la validité possible des résultats de celui-ci.* Notre connaissance des phénomènes juridiques ne sera plus qu'indirecte. Ce ne seront pas ces phénomènes qui seront observés mais la représentation de ces phénomènes dans le code économique. Si le monde est ma représentation, m'interroger sur mes mécanismes de représentation peut me permettre de les dépasser.

Nous ne pensons pas qu'un système de représentation quelconque puisse nous fournir une vision globale de l'objet ou du phénomène étudié. La philosophie l'a assez montré, il faut maintenant réussir à en tenir compte pour notre approche du social. *Un phénomène ne peut être que représenté dans certaines dimensions et c'est l'agrégation des dimensions qui pourra faciliter une intuition du mécanisme global.* Si notre perception n'est qu'à deux dimensions, et qu'une sphère traverse notre espace, nous pouvons constater un ensemble de cercle dont la taille croît puis décroît, nous ne pouvons jamais observer la sphère. Pourtant nous pouvons aboutir à une idée de la sphère à partir de telles traces (ces traces peuvent nous indiquer l'idée d'une troisième dimension). De même, nous ne pouvons saisir un objet à plus de quatre dimensions qu'à travers ses projections. Ceci suppose qu'il existe un objet en dehors de sa représentation. Si nous considérons que l'objet se résume à sa représentation, toute perspective améliore notre connaissance de cet objet (par définition) mais ce qui fait l'unicité de cet objet est difficilement identifiable.

§1. Le renversement externe, l'analyse économique du droit comme point de référence pour entamer une réflexion sur les phénomènes juridiques

Face à un phénomène juridique (dont l'identification suppose déjà une structure de perception et donc une théorie), il serait naïf de vouloir construire une représentation « parfaite » du premier coup. L'observation ne suffit pas puisqu'elle ne peut être un acte passif. Pire encore, une telle attitude serait contre-productive et ne correspondrait pas au processus de recherche. En effet, l'attitude « scientifique » conduit à instaurer un dialogue entre des hypothèses et une représentation afin d'avoir une meilleure intuition du phénomène. Pour avancer dans notre connaissance, il faut donc se tromper, faire marche arrière, interroger nos préjugés, mais il ne faut pas refuser d'avancer.

La connaissance n'est pas quelque chose de fixe mais une perpétuelle construction et reconstruction (elle n'est qu'une recherche). Au pire nous aurons une connaissance de ce qui ne semble pas marcher ou du domaine dans lequel cela ne fonctionne pas comme prévu, et donc une meilleure représentation de l'espace des possibles de ce qui peut marcher et du domaine de validité de certaines perceptions. Au mieux, les intuitions proposées conduiront à de nouvelles recherches et pourront ainsi améliorer la finesse de notre perception. Elles favoriseront aussi la perception de nouvelles structures et donc la capacité d'interroger une certaine perception du monde.

Un programme est suivi car il semble nous fournir des intuitions intéressantes et non car il nous fournit de « vraies » réponses, surtout dans le domaine des sciences sociales. L'analyse économique du droit, la sociologie, la psychologie, l'histoire et même le positivisme kelsenien, l'approche dworkinienne ou l'utilitarisme peuvent être lus sous cet angle. Accepter la relativité des connaissances est une nécessité pour l'améliorer. Notre approche est donc assez peircienne²⁵⁸² : c'est par la controverse que nous gagnons des connaissances en matière de sciences « abductives ».

L'analyse économique du droit propose un système de génération d'hypothèses (A), un codage possible pour appréhender les phénomènes juridiques. Les résultats sont alors avant tout analytiques, néanmoins, une première étape est franchie. Comme le code est structuré, il sera possible d'interroger la logique interne du raisonnement.

²⁵⁸² Si la référence à Peirce est implicite, elle est largement involontaire et nous ne prétendons pas que nous allons suivre le raisonnement proposé par Peirce.

Sans cette première étape, le questionnement des hypothèses ne pourrait pas se faire. Or, c'est par ce questionnement que nos représentations des phénomènes gagnent en forme (B) et que nos intuitions relatives aux mécanismes évoluent. La valeur épistémologique de l'analyse économique du droit vaut par sa critique et par les réponses aux critiques. Il est dès lors possible d'affirmer que cette analyse est à l'origine de l'amélioration de notre connaissance des phénomènes juridiques et que cette connaissance dérive de ses fondements (à la fois positivement – par ses propositions analytiques – et négativement – par la critique de ses propositions).

A. La génération d'hypothèses à partir d'un code articulé, la valeur principale de l'analyse économique du droit

La fonction principale de l'analyse économique du droit est de *suggérer* et de mettre en évidence de possibles incompatibilités. Elle propose une ou plusieurs hypothèse(s) conforme(s) à son code mais dont la valeur n'est que celle d'une possibilité empirique théorique (elle est une « vérité » analytique) qu'elle ne peut pas démontrer (même si les croyances ont alors une influence). Elle peut abduire, c'est-à-dire expliquer de nouveaux « faits » à partir du codage économique. Elle se pose alors comme force de rétroduction (1). Elle peut aussi déduire, c'est à dire expliciter les conséquences logiques de son code dans une situation donnée (2). Cette déduction n'est pas une prédiction certaine (les propositions ne sont qu'analytiques) ; elle ne fait que poser des possibilités empiriques de faits (et en cela conserve un caractère d'abduction).

Saisir la valeur des propositions économiques permet de nuancer les propos de certains tenants de l'analyse économique du droit, surtout lorsque ceux-ci affirment pouvoir expliquer la *vraie* nature des phénomènes juridiques ou se montrent prescriptifs. En effet, si le code n'est qu'un code, le dogmatisme est nécessairement banni.

1. La force de rétroduction de l'analyse économique du droit

La puissance de rétroduction de l'analyse économique du droit est évidente ; l'ensemble du titre 2 de la première partie de cette thèse et le chapitre précédent mettent en évidence, directement ou indirectement, cette dimension rétroductive. Nous pourrions donc être relativement brefs.

Nous avons montré que l'analyse économique du droit peut expliquer (et même d'une façon convaincante²⁵⁸³) l'origine du droit et de la justice, sa structure, son évolution, etc., et même

²⁵⁸³ Cette proposition demande cependant à sortir du code économique, nous y reviendrons (*infra*).

certaines « irrationalités » apparentes. Les manuels d'analyse économique du droit visent d'ailleurs à interpréter les mécanismes juridiques à travers des considérations économiques. Il s'agit de rationaliser dans le code de l'économie des phénomènes juridiques (et d'espérer que cette rationalisation ne fasse pas perdre trop de choses). A un premier niveau ces propositions sont strictement analytiques et l'analyse économique ne semble pas aller au-delà, puisqu'elle ne peut transcender son code à partir de celui-ci.

Nous souhaitons insister tout particulièrement sur le système de rétroduction plus que sur les résultats de celui-ci. L'analyse économique nous fournit une méthode d'approche systématique ; elle oriente notre perception. Harford parle d'une « *logic of life* »²⁵⁸⁴ ; Posner affirme que la tâche de l'économie est d'explorer les implications de l'hypothèse de rationalité des individus²⁵⁸⁵ (ce ne sont donc pas les phénomènes juridiques qui sont centraux à ce niveau, mais la méthode et donc le codage économique). Sans connaissance empirique, nous rationalisons un phénomène à partir du code économique et nous livrons l'hypothèse à la critique mais aussi à la pratique. *Le code n'est qu'une hypothèse de travail, une interprétation satisfaisante pour l'action*. Nous supposons que seuls les individus agissent et que, lorsqu'ils le font, c'est qu'ils y ont un intérêt.

Il s'agit de percevoir dans le phénomène juridique ce qui peut « cadrer » avec cette représentation, ou d'adapter les outils de cette représentation pour que celle-ci puisse rendre compte du phénomène. Ceci stimule évidemment notre imagination (et donc notre intuition) car les outils ne fournissent pas le modèle (ou alors une forme abstraite). Nous identifions ainsi les acteurs qui peuvent être considérés comme la « cause » du phénomène. L'analyse économique ne reconnaît pas de « force » au-delà du comportement des individus pour expliquer les mécanismes sociaux (en raison de son individualisme méthodologique ; ce qui explique notamment que la sélection de groupe soit largement contestée). Il s'agira aussi de construire le système de relations entre ces acteurs puis de spécifier les caractéristiques de ces acteurs. Une fois ceci réalisé, il suffira d'ajuster les courbes et nos paramètres de façon à obtenir le résultat désiré (mais aussi satisfaisant, un double mouvement se produit). Le code doit donc être suffisamment précis pour permettre ensuite une forme de déduction de ce résultat.

Lorsque la rétroduction ne semble pas possible, nous mettons en évidence un « paradoxe » (comme le problème du vote ; le paradoxe n'est qu'un paradoxe du point de vue de notre code de structuration du phénomène), ou nous considérerons que nous sommes face à une irrationalité ou à une inefficience. Or, la mise en évidence d'un paradoxe ou d'une irrationalité est déjà une

²⁵⁸⁴ Tim Harford, *The Logic Of Life, The Rational Economics of an Irrational World*, op cit

²⁵⁸⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 6e, op cit, p 3

proposition à partir de laquelle il sera possible de construire (s'agit-il réellement d'un paradoxe ? comment le dissoudre ?). Les coûts de transaction ne sont pas autre chose qu'un moyen de réduire une tension dans le code pour expliquer un phénomène comme « l'organisation ». Les modèles alternatifs de rationalité visent à réduire une tension ressentie tout en conservant une dimension économique (mais ils perdent nécessairement en déterminabilité théorique). De même, le problème du vote semble laisser penser que si les individus votent ce n'est pas car ils pensent que leur vote va changer quelque chose, leur intérêt « doit » (du point de vue du code) se trouver dans un ailleurs qu'il s'agira d'explorer.

Nous ouvrons donc des perspectives même si les propositions sont strictement analytiques car le vocabulaire utilisé par l'analyse économique du droit nous pousse à sortir de la dimension technique de celui-ci pour une dimension « générale » (nous ne « percevons » pas la dimension purement analytique car la construction finale semble dépasser l'analytique. Un effort doit donc être fourni).

La force de la rétroduction proposée par l'approche économique se trouve aussi dans l'apparente simplicité de son code. Raisonner en termes de coûts et de bénéfices, d'individus égoïstes et rationnels, a-moraux, etc... n'est pas sans puissance d'évocation et de séduction pour des individus qui craignent de passer pour « naïfs » ; l'analyse économique du droit est « réaliste », elle vise à désenchanter le monde du droit dans lequel l'idée de justice est posée comme critère principal de choix dans l'imaginaire collectif. Cette force rhétorique n'est pas à négliger et contribue largement, à notre avis, à l'essor de l'analyse économique. En partant de concepts du sens commun, le sens technique et le système de production des hypothèses sont oubliés.

2. La mise en évidence de conséquences possibles de la modification d'une règle juridique

L'analyse économique du droit est utilisée pour identifier des conséquences possibles de la modification de règles juridiques. Elle fournit des outils permettant de formuler des hypothèses sur les états futurs du monde. Le problème est différent de la rétroduction puisque cette dernière s'intéresse à ce qui s'est passé et qu'il est beaucoup plus facile de prédire le passé que l'avenir. Ceci aura des conséquences pour l'évaluation des propositions de l'analyse économique. Néanmoins, la force rhétorique reste séduisante.

Ce type d'analyse peut mettre en évidence des conséquences uniquement si la situation est posée. Il faudra donc identifier les caractéristiques de la situation actuelle et notamment les acteurs affectés par la modification d'une règle juridique et l'ensemble de leurs réactions possibles. Nous

retrouvons donc une partie de la logique de la rétroduction car c'est le code qui déterminera ce que nous pouvons voir et donc ce qui peut se produire. Bastiat, de façon amusante, précise que « Entre un mauvais et un bon Economiste, voilà toute la différence : l'un s'en tient à l'effet visible ; l'autre tient compte et de l'effet qu'on voit et de l'effet qu'il faut prévoir »²⁵⁸⁶. Ce qu'il faut prévoir ne dépend plus donc simplement de la discipline mais de l'identification de la situation. *La discipline nous indique quoi observer mais ne nous dit pas quoi voir*. L'analyse économique du droit met ainsi en évidence le rôle fondamental des incitations, à l'instar de Bastiat. Il s'agit de découpler l'effet direct, immédiat (par exemple, instaurer un prix plafond pour les loyers réduira le prix de certains loyers ou empêchera l'augmentation du prix de certaines autres) et l'effet indirect (par exemple la réduction du nombre de logements mis à la location, la sélection plus drastique des locataires, la chute des prix de l'immobilier, et la moins grande qualité des logements mis à la location).

La logique des incitations et l'identification de l'effet agrégé de l'altération d'une force particulière dans le système dépendent de l'identification de la situation et de la définition du système d'incitation dans lequel se trouvent les individus.

Nous savons que les normes sociales peuvent altérer les prédictions relatives à l'impact des normes juridiques et peuvent « masquer » leur effet. Nous sommes alors orientés, lorsque nous cherchons les conséquences d'une règle juridique, vers la recherche des frictions possibles avec les normes sociales. Nous restons dans la logique de la recherche et non dans celle de l'affirmation de la validité des résultats, l'effet agrégé restant largement indéterminable (*infra*).

De même, l'attitude face au risque conduira les individus à se comporter de façon différente si nous supposons qu'ils sont neutres au risque ou qu'ils le craignent. Le même raisonnement pourrait être effectué pour le degré d'information, etc. En donnant à l'économiste la possibilité d'étudier chacun de ces cas (dans la limite de ses outils), il pourra mettre en évidence des « structures abstraites » qui, si elles ne lui permettent pas de fournir une proposition empirique précise, favoriseront une meilleure approche d'un problème empirique (car nous considérons que le social dépend d'une somme de conséquences ; cette proposition est nécessaire à toute enquête visant le monde social et permet un réductionnisme par l'identification du jeu de certaines forces spécifiques, forces qui ne sont pourtant définies que par le code²⁵⁸⁷).

²⁵⁸⁶ Frederic Bastiat, *Ce Qu'On Voit et Ce Qu'On Ne Voit Pas*, 1850, in Frederic Bastiat, *Ce Qu'On Voit et Ce Qu'On Ne Voit Pas, Choix de Sophismes et Pamphlets Economiques*, 2004, Romillat, Paris, 286 pages, pp 189-241, p 189. Ce qu'il faut prévoir revient à une analyse en termes d'incitations dans la logique de Bastiat.

²⁵⁸⁷ Rien n'indique que ce modèle, issu de la modernité, correspond à un « bon » modèle.

L'analyse économique ne peut donc préciser les conséquences qu'à partir d'une structuration posée du monde. Si cette structuration n'est pas précisée, le rôle de l'économiste sera à la fois de déterminer la situation et d'envisager l'impact de l'altération des comportements par rapport à cette situation. En règle générale la démarche visera à identifier des relations « simples » (il y a deux catégories de personnes, le piéton et l'automobiliste) avant d'envisager le composé de ces relations « simples » (le piéton peut être automobiliste, il existe un mécanisme d'assurance, nous tenons compte du niveau d'activité de l'automobiliste et des coûts administratifs de gestion du système). Parfois il sera conduit à mettre en évidence des forces opposées sans pouvoir déterminer à l'avance laquelle de ces forces, empiriquement, sera la plus puissante (il suffit de penser à l'effet de richesse et à l'effet de substitution). Néanmoins, toujours dans la logique de la formulation de propositions, celles-ci ne seront pas neutres pour la progression de notre connaissance car des mécanismes possibles seront mis au jour et que toute connaissance théorique peut avoir un impact sur notre connaissance (et notre conscience de l') empirique.

La possibilité de disposer d'une méthodologie systématique pour aborder les problèmes juridiques et la force rhétorique du code économique ne doivent cependant pas faire illusion. Ce n'est pas parce que certains résultats semblent pertinents ou plausibles qu'il faut se refuser à les examiner.

B. Le questionnement des hypothèses produites et l'approfondissement des connaissances des phénomènes juridiques

Si nous nous acceptons que l'analyse économique du droit ne propose qu'une façon de structurer le réel, elle ne peut être critiquée que du point de vue interne et rien ne peut être véritablement « appris » sur le monde. Si par contre, nous considérons que le code ne vise qu'à expliciter une perception plus étendue du phénomène, nous sommes conduits à essayer d'identifier l'écart entre la conceptualisation économique et la perception que nous avons des phénomènes juridiques (1). Cette étape est fondamentale car elle permet une connaissance sur la perception (plus que sur l'objet perçu).

Plus encore l'analyse économique du droit pose la question d'une analyse juridique du droit (2), de sa spécificité par rapport aux autres méthodes d'approches du droit (cette analyse sera complétée dans la prochaine section). *L'analyse économique du droit nous force à interroger nos propres pratiques et à prendre conscience du « code » juridique.* Le code économique met ainsi en évidence une dimension « morale » (au sens de la prise en compte de considérations morales) dans le droit.

C'est en cela que l'analyse économique peut se situer dans la « lignée » de l'approche kelsenienne, même si le problème de la juridicité n'est pas un problème économique. L'analyse économique est une forme de positivisme de la substance²⁵⁸⁸. Elle cherche à décrire la substance du droit à partir de règles techniques.

Les connaissances fournies par cette confrontation entre la proposition analytique et la perception de sa validité ne sont cependant pas neutres. Le code est renversé plus que dépassé. En effet, l'écart est défini par rapport au code est impose une justification dans le cadre du code (c'est le code qui détermine le problème et ce problème n'a de sens que si nous acceptons globalement la forme d'interprétation proposée par le code ou au moins l'épistémologie sous-jacente au code. Invoquer la précision d'un raisonnement non démontrable n'a pas de sens dans le cadre d'une épistémologie dans laquelle la démonstration, même relative, est une condition de l'acceptation des propositions). L'étape de réflexion autour du code est donc nécessaire et c'est à travers le renversement externe et interne que l'intuition peut être affinée. Dit autrement, *la structure de notre perception dépend de la structure de notre langage²⁵⁸⁹ et donc des codes que nous utilisons pour rendre compte de notre perception de la réalité.* En multipliant les langages (et donc les codes) nous multiplions les « chances » d'une perception moins déformée, même si le dépassement de l'ensemble des codes est une impossibilité logique²⁵⁹⁰.

Nous ne chercherons pas ici à présenter l'ensemble des approfondissements possibles des connaissances à partir du code économique, nous souhaitons simplement mettre en évidence le mécanisme.

²⁵⁸⁸ L'objet de cette thèse ne permet pas de traiter dans le détail cette proposition que nous laissons donc à l'état d'abstraction. Nous espérons qu'à travers nos développements cette abstraction deviendra moins obscure.

²⁵⁸⁹ Cette idée se retrouve d'ailleurs chez les linguistes, Benjamin Whorf et Edward Sapir en particulier (voir par exemple Benjamin Whorf, *Language, Thought and Reality, Selected Writings of Benjamin Lee Whorf*, 1964, MIT Press, Cambridge, 290 pages ; Edward Sapir, *Culture, Language and Personality, Selected Essays*, 1985, University of California Press, Berkeley, 617 pages). La proposition que nous faisons est construite autour de ce qu'il est convenu d'appeler l'hypothèse de Sapir-Whorf

²⁵⁹⁰ Nous retrouvons le même type de conclusion dans John Casti, *Reality Rules*, 1992, John Wiley & Sons Inc, New York, 2 volumes, 388 pages et 424 pages, spécialement volume 2, p 382 : « *The best we can hope for is to illuminate various facets of natural systems using different – and inequivalent – formal descriptions* ». La proposition est faite en matière de sciences « dures ». Nous l'étendons ici aux sciences sociales qui nous semblent encore plus vulnérables à ce problème.

1. La nécessité de justifier l'écart entre les conceptualisations économiques et les interprétations traditionnelles des phénomènes juridiques

a. La justification de l'écart entre les conceptualisations touche à la fois une dimension normative, une dimension descriptive et une dimension prédictive.

a1. Normativement, l'efficacité pourrait laisser croire que la solution est désirable en dehors de la dimension technique de ce critère. L'efficacité dans une société gestionnaire renvoie à l'idée de « bon » et le passage du critère technique à la normativité des résultats de l'analyse économique est aisé et souvent instinctif.

Prise sous cet angle (même s'il s'agit d'une « mauvaise » interprétation), l'efficacité permet de mettre au jour des considérations qui n'ont pas été prises en compte par le raisonnement économique soit car le code ne semble pas capable de les voir, soit car le code ne peut que difficilement en rendre compte. *L'analyse économique du droit entame donc le débat sur la fonction du droit qui ne peut pas être pensée à partir du droit.* Elle permet aussi de mettre au jour des tensions.

Si normativement le marché des bébés semble favoriser l'efficacité et que nous n'acceptons pas cette proposition, il s'agira soit de démontrer que le modèle de la démonstration n'est pas exact ou conforme au « réel » et que ce marché ne permet pas de favoriser l'efficacité car certaines dimensions ne sont pas prises en compte (et théoriquement, le code économique permet cela en raison de son pouvoir de rétroaction), soit de considérer que le droit ne vise pas seulement l'efficacité (ce qui demande alors une justification et la recherche des dimensions effectivement prises en compte par le droit).

La critique de Dworkin relative à l'efficacité comme « valeur », a obligé les économistes du droit (ou certains d'entre eux) à spécifier davantage la « valeur » de l'hypothèse d'efficacité. Posner explique par exemple que la maximisation de la richesse est un moyen et non une fin (l'idée d'efficacité traduit d'ailleurs cette dimension d'adéquation entre moyens et fins) ; ce n'est que lorsque plusieurs propositions sont compatibles avec le droit que le couperet de l'efficacité pourra être mis en œuvre. Calabresi fait la même chose, même si le critère de l'efficacité n'est pas pris dans son sens normatif, en employant un vocabulaire signifiant (notamment à travers l'idée de suggestion) : « *I find it hard to explain judicial behavior in America simply in terms of wealth maximization. But I find it equally hard to explain it only in terms of ultimates or principles. In other words, my guess would be that courts do decide policies as well as principles, and perhaps more often the first than the second. The policies are based, and again I am guessing, on that mixture of efficiency and distribution that in the*

particular context is thought by the court to be instrumental toward justice »²⁵⁹¹. Kaplow et Shavell poussent encore le problème en montrant que si d'autres considérations normatives sont présentes, elles peuvent être rationalisées dans le code de l'économie ou empêcher la réalisation de situations Pareto optimales. A trop vouloir sauver la méthode, l'objet étudié disparaît mais des intuitions demeurent.

a2. Descriptivement, le raisonnement est similaire. C'est en critiquant la représentation économique à partir d'un code externe qu'un dialogue pourra s'engager sur le sens « pratique » des propositions économiques. Considérer que le criminel est un être rationnel est une possibilité. Néanmoins l'individu qui agit par pulsion ne peut pas être facilement représenté à travers le code économique (ceci ne signifie pas qu'il ne peut pas l'être mais qu'en l'étant une dimension est perdue). C'est à partir de la représentation économique du droit que l'influence des normes sociales a pu être « redécouverte » et intégrée aux réflexions des économistes du droit. De même, la normativité du droit semble être un fait car les individus ne répondent pas comme le prédit la théorie économique et attachent une valeur au fait que le comportement soit labellisé « légal ». Il est toujours possible de rationaliser la situation en invoquant une dimension évolutionnaire par exemple. Cette dimension n'évacue cependant pas totalement la difficulté, car la prise en compte de l'impact de cette normativité semble conduire à des décisions arbitraires pour les pondérations. La proposition de Raz visant le mécanisme de normativité peut alors servir à révéler une tension entre cette proposition et les propositions de l'analyse économique. Enfin, les concepts de victime, de causalité ou de faute peuvent être renseignés par l'analyse économique du droit car l'écart entre les perceptions juridiques et économiques est ici frappant. Le droit reste englué dans la catégorisation morale.

Ces tensions conduisent au questionnement et donc à une « meilleure » intuition des mécanismes à l'œuvre. En effet, comme la théorie nous dit quoi observer dans le réel, l'observation des faits empiriques n'est pas suffisante ; il faudrait « sentir » la pertinence de chacune des options.

L'économie du droit n'est donc pas tout le droit, mais en faisant des propositions sur le droit et en étant soumise à des critiques nous pouvons mieux en saisir les limites et donc la portée. C'est par la reconnaissance de sa dimension analytique et le regard extérieur que l'intuition proposée par le raisonnement économique peut être saisie.

²⁵⁹¹ Guido Calabresi, *About Law and Economics : A Letter to Ronald Dworkin*, op cit, p 561. Peu avant, Calabresi suit une logique que nous appliquons ici. Il précise en effet (ibid, p 558) « *Justice language is different from efficiency and, I think, wealth distributional language* ».

N'oublions pas non plus la dimension de test que propose l'analyse économique du droit. Elle favorise une interrogation sur la robustesse du système. Cette valeur n'est pas critiquable. Seule l'utilisation des informations fournies par le test peut l'être.

a3. Sous l'angle prédictif, l'économie ne jouit pas, actuellement, d'une situation de monopole. Des considérations psychologiques, sociologiques, etc... pourront aussi entrer en ligne de compte pour identifier des conséquences des phénomènes juridiques sur le monde « réel ». Le rôle du droit est ici restreint car il ne dispose pas des outils permettant d'anticiper les conséquences de ses propositions. Le droit se pense avant tout comme une procédure dont le résultat échappe à sa recherche. L'écart entre la décision juridique et la décision politique peut alors prendre son sens, le droit reste subordonné à une dimension politique. Il s'agira soit d'expliquer la raison économique, politique, sociologique, etc., de cette subordination, soit refuser cette subordination en raison d'autres considérations. Dans tous les cas, la mise en évidence de la tension conduit à réfléchir sur cette tension et donc à améliorer notre intuition de la valeur des propositions faites dans le cadre des différentes disciplines.

b. *Le processus que nous essayons de mettre en évidence est une boucle infinie ; il s'agit à proprement parler d'un dialogue entre la justification de l'écart et la rationalisation économique de l'écart. C'est à travers le double questionnement des propositions et des contre-propositions qu'une « connaissance » peut émerger soit car les problèmes peuvent être réduits (et il s'agira de conserver l'approche qui intègre l'ensemble des difficultés), soit car le problème ne peut pas l'être (et la tension nous obligera à chercher des dépassements). C'est donc en prenant conscience que chaque discipline est un point de vue qu'une vision globale peut émerger, sans pour autant être parfaitement exprimable dans le cadre d'une discipline particulière.*

La discrimination entre les différentes propositions ne dépend plus uniquement d'un code spécifique lié à la discipline mais à une forme de « sur-code » permettant d'évaluer et de comparer les différentes propositions formulées dans des codes alternatifs. Le dialogue ne porte donc pas uniquement sur les propositions mais aussi sur les méta-propositions implicites de chaque code (nous retrouvons la logique de l'apprentissage en double boucle). Il est possible d'essayer d'explicitier cette dimension, même si elle nous semble relever de l'inexprimable et de l'intuition. Ce « sur-code » est une proposition logique et son unicité ne peut être postulée. L'idée de réflexivité pourrait aider à dépasser sa nécessité ; cependant, cette possibilité reste strictement intuitive.

Nous retrouvons ici le débat entre une approche séquentielle des problèmes où les règles guident l'approche, et une approche connexionniste qu'une approche séquentielle ne peut pas résumer dans son fonctionnement²⁵⁹². Implicitement, nous adhérons à une conception connexionniste poussée (pour prendre en compte la dimension de dialogue entre les perceptions et leur(s) théorisation(s) ; mais aussi le problème de la créativité) : les différentes disciplines sont prises en compte mais la façon de les prendre en compte nous échappe, d'autant plus que nous arrivons à dépasser certaines oppositions par un processus créatif. Nous savons mais nous ne savons pas pourquoi, ce qui, dans un monde qui a oublié Gödel et dans lequel la vérité et la démontrabilité se confondent, ne semble pas nécessairement satisfaisant. Nous souhaiterions cependant aller dans cette direction : une partie de ce qui fait une connaissance n'est pas « démontrable ».

La présence de plusieurs codes de structuration nous permet de considérer (en raison du principe de rationalité) que différents individus attribuent des valeurs différentes à chacun de ces codes. Théoriquement, chaque structuration doit pouvoir apporter quelque chose. Le fait même que le droit ne semble pas être réductible à une forme unique de perception traduit déjà quelque chose sur notre perception du droit (et sur notre volonté relative à cette perception). L'acceptation des propositions dépend donc aussi de ce que nous recherchons, et cette question ne peut se poser que parce que nous disposons de différentes possibilités de structuration (de même, la prise de conscience de cette question permet de nuancer nos propositions).

2. Une réflexion indirecte sur une possible analyse juridique des phénomènes juridiques

L'analyse économique du droit, par son renversement, pose la question de l'analyse juridique du droit et de ses spécificités, question largement occultée par l'enseignement du droit et les manuels. Cette simple question justifie, de notre point de vue, l'entreprise de l'analyse économique du droit. *L'analyse économique n'interroge donc pas simplement les structurations juridiques mais la logique de ces structurations.* Elle demande au droit de se justifier.

Si l'analyse économique semble pouvoir rendre compte du comportement des juges, doit-on en conclure que la structuration économique des problèmes juridiques est implicite (tout en étant inconsciente) ? Si elle est inconsciente ou au moins inexprimée, comment justifier cela ? Si elle est plus qu'un raisonnement économique, quelles sont ses spécificités (et l'épistémologie présumée par le questionnement est-elle valable dans le cadre de cette discipline spécifique) ? Le raisonnement juridique peut-il se passer de considérations économiques ? Certains éléments

²⁵⁹² Pour une approche détaillée de ces questions, voir Jean De Munck, *L'Institution Sociale de l'Esprit*, 1999, PUF, Paris, 202 pages.

seront proposés dans la prochaine section puisqu'il s'agit d'identifier la place du raisonnement économique dans le raisonnement juridique, c'est qualifier le raisonnement juridique et identifier la différence entre le rationnel et le raisonnable.

Nous ne faisons ici qu'introduire le problème car l'identification des spécificités de l'analyse juridique du droit dépasse l'objet de cette thèse²⁵⁹³. Si nous percevons l'analyse économique comme un code, le droit peut, lui aussi, être perçu comme un code. Il utilise un langage spécifique. Le droit est un jeu de sens de catégories et de relations entre catégories. Le raisonnement, en lui-même, n'est donc pas spécifique. Il n'est spécifique que par les arguments mobilisés et non par la logique profonde du raisonnement qui touche à une rationalité pratique assez classique (*infra*). Reconnaître qu'une personne est coupable de meurtre, c'est reconnaître que les catégories juridiques permettant de constituer le meurtre sont présentes, par exemple l'intentionnalité. Pourtant l'intentionnalité n'est qu'une catégorie juridique dont le sens juridique n'est pas directement explicité (de même que l'intérêt général pour les services publics). Celui-ci dépendra du langage commun et des intuitions que nous pourrions tirer de l'étude de la jurisprudence (il est douteux que le sens juridique de l'intérêt général soit exactement le même que le sens commun de l'intérêt général). Le langage du droit apparaît alors comme un langage de justification d'une décision juridique mais la justification de l'emploi du langage de justification ne dépend plus du droit mais d'un au-delà du droit que l'analyse économique conduit à interroger. Le fait que le langage du droit ne soit pas formel renforce les difficultés car il existe des difficultés inhérentes à l'utilisation du langage naturel comme outil de justification.

L'analyse économique du droit déstabilise ainsi les pratiques juridiques ; ce qui était implicite semble devoir s'expliciter. En poussant l'analyse juridique dans ses retranchements et en lui demandant de se justifier pour ne pas être engloutie²⁵⁹⁴, l'analyse économique fait progresser notre connaissance des mécanismes juridiques en forçant une interprétation et une justification alternative de ceux-ci²⁵⁹⁵. Le « sens » (et ainsi la fonction) du droit redevient le problème central (et nous avons présenté des propositions économiques relatives à ce « sens » du droit), même si

²⁵⁹³ Nous avons essayé, dans un article, de traiter cette question (Régis Lanneau, *Analyse Economique et Analyse Juridique du Droit : Quelques Clarifications*, 2009, *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2009-2, pp 557-574). Certains éléments ont été présentés, notamment lorsque nous nous sommes intéressé à la vision pragmatique de Posner.

²⁵⁹⁴ Si elle n'offre aucune spécificité, pourquoi la conserver ?

²⁵⁹⁵ Paradoxalement, la perception radicale de l'analyse économique est celle qui est la plus à même d'entraîner des réactions virulentes, et donc de mettre au jour des éléments centraux. L'altération des considérations économiques et juridiques conduit à réduire l'écart entre chacune des deux perspectives. Nous ne considérons cependant pas que cet écart puisse disparaître en raison même du code de justification différent dans les deux disciplines.

celui-ci apparaît en raison de la structuration adoptée (d'où la nécessité d'un renversement interne).

L'analyse juridique apparaît avant tout comme une analyse structurée autour de catégories juridiques car nous n'avons accès qu'à un langage et non au mécanisme d'attribution d'une catégorie à un fait. Une décision juridique n'explique pas l'ensemble des considérations prises en compte même si la pédagogie des juges est très variable d'une juridiction à une autre. C'est la relation entre ces catégories qui permettra de déterminer « une » solution juridique²⁵⁹⁶. Le droit apparaît alors comme un code de justification plus que comme un code de recherche de solution, même si à travers les possibilités de justification l'identification des solutions juridiques sera possible (le découplage entre le problème de la décision et celui de sa justification n'est que partiel). Un espace pour le raisonnement économique semble donc être ouvert car le droit n'exprime pas la raison de son unité à travers son raisonnement (et nous savons que c'est cette insatisfaction qui a convaincu Posner de l'importance du raisonnement économique pour aborder les problèmes juridiques).

Ceci impose aussi une recherche des mécanismes permettant au juge ou au juriste d'attribuer une catégorie à un fait ou de spécifier la structure des catégories (notamment lorsque deux principes semblent contradictoires et donc qu'au moins deux solutions juridiques semblent possibles) et qui divergent des justifications économiques (mais aussi sociologiques ou psychologiques). Nous retrouvons la question de la spécificité (ou de la non spécificité) du raisonnement juridique et l'importance de la rhétorique en droit. La solution ne semble pas inscrite dans le droit car le langage n'est pas une logique. Cette solution doit être justifiable à partir du droit pour être considérée comme une solution juridique (en dehors de la connaissance de l'auteur de la proposition). Le problème des critères de décision se pose, d'autant plus qu'il semble exister une stabilité du droit. L'analyse économique permet donc un questionnement sur le droit car en modifiant notre perception du droit elle pousse à une réflexion.

Il est inutile de justifier davantage la dynamique de questionnement / connaissance engendrée par l'analyse économique du droit dans son dialogue avec les autres disciplines. Ce dialogue peut connaître des pauses, c'est-à-dire que certaines propositions ne conduisent pas, temporairement, à des « tensions » entre différentes structurations possibles. Rien n'indique cependant que l'absence de tension actuelle signifie l'absence de tension au niveau du monde des idées (si nous en

²⁵⁹⁶ Nous recherchons ce qui fait la juridicité dans autre chose que les « personnes » qui font le droit. En effet, il s'agit de se pencher sur l'analyse juridique à partir de l'analyse économique.

acceptons l'existence). Elle signifie simplement qu'un accord partiel sur la perception des mécanismes à l'œuvre a été atteint.

Bien évidemment, les propositions que nous faisons ne sont que des suggestions ouvertes au débat. C'est à travers ce débat que la connaissance peut être acquise. Nous ne prétendons donc pas avoir épuisé le sujet, nous espérons simplement l'avoir orienté de façon pertinente.

§2. Le renversement interne, l'analyse économique du droit comme point de référence nécessairement biaisé

Le renversement interne prend acte du fait que le code économique n'est qu'un code et que la connaissance du code permet de qualifier la perception de la valeur des propositions qui en sont dérivées. Il ne s'agit donc pas d'observer l'écart entre les propositions économiques et les propositions issues d'autres théories. Il s'agit de comprendre comment le code peut « créer » quelque chose qui le dépasse lorsqu'il constitue l'unique savoir théorique.

Il s'agit ici de nuancer les propos économiques à partir d'une réflexion sur les fondements de l'économie. L'économie ne correspond pas à une vision neutre. Le questionnement du processus de génération des hypothèses peut aider à mieux en saisir la portée. Ces propositions apparaissent alors comme des « guides » (des séries de questionnement) et non comme des solutions.

En mettant en évidence les limites du code économique (A), un processus de dépassement est possible car la validité est qualifiée par un ensemble de conditions et de préconceptions sur le fonctionnement des individus et par une dimension indexatoire des considérations économiques (elles ne prennent sens qu'en situation). C'est donc par la conscience des absences que les propositions économiques peuvent sortir de leur stricte dimension analytique (B).

Savoir que les propositions sont analytiques n'est pas neutre car cette connaissance agit sur la représentation de ces propositions pour l'action concrète²⁵⁹⁷ (nous retrouvons l'hypothèse de Sapir-Whorf). Sous cet angle, il est vrai que la proposition analytique ne nous apprend rien sur le monde (car elle est tautologique), mais la possibilité de conceptualiser le monde à partir d'une théorie globale et la connaissance des fondements de cette dernière nous apprennent quelque chose sur nos perceptions et donc sur le monde (puisque le monde n'existe qu'à travers la

²⁵⁹⁷ Les éléments présentés pour l'économie sont transposables à l'ensemble des sciences sociales. Leur simple existence laisse penser que nous y trouvons quelque chose pour l'action concrète (ou au moins que nous trouvons une plus grande assurance pour nos actions). La question de la nécessité de rationaliser le monde est supposée ici résolue, alors que le problème n'est jamais touché dans toute sa profondeur.

perception). Une idée similaire (mais non équivalente) semble se trouver chez Wittgenstein, même s'il est délicat d'affirmer que nous « savons » ce qu'il veut dire (nous en n'avons que l'intuition) : « *Ainsi, que le monde se laisse décrire par la mécanique newtonienne ne dit rien le concernant, mais qu'il se laisse ainsi décrire, comme c'est justement le cas, certes si. Et encore, qu'il se laisse décrire plus simplement par une mécanique que par une autre, ceci nous dit quelque chose concernant le monde* »²⁵⁹⁸. Rappelons aussi la réflexion de Gödel déjà mentionnée : « *To develop the skill of correct thinking is in the first place to learn what you have to disregard. In order to go on you have to know what you leave out: this is the essence of effective thinking* »²⁵⁹⁹. Chaque connaissance étant relative à un point de vue, la connaissance de ce point de vue permet de qualifier la connaissance obtenue, même si cette qualification reste « floue ».

De même, la flexibilité de l'interprétation à partir du code permet la construction d'hypothèses qui pourront alors être livrées à la discussion. Le code ne ferme donc pas la recherche, il l'encourage dans une partie spécifique du monde : seules quelques types d'explications seront considérées comme valables.

Si nous voulons être parfaitement cohérents, il faudrait dépasser le code et essayer d'en comprendre la raison d'être et le pouvoir d'attraction. Des propositions ayant été faites dans le second chapitre du titre 2 de la première partie de cette thèse, nous ne reviendrons pas sur ce point. Nous ajouterons simplement que le modèle économique de perception du monde suppose une séquentialité dans la cognition : c'est parce que nous ne savons pas pourquoi nous agissons ainsi et que nous souhaitons comprendre nos pratiques que nous séquentialisons ce qui n'est pas totalement séquentialisable. Avoir conscience de la raison d'être du besoin de scientificisation de la discipline juridique, nous dit déjà quelque chose sur les propositions qui seront formulées.

A. La réflexivité à partir du code, connaître les angles morts de l'approche économique

Que l'analyse économique ne constitue pas une théorie permettant de saisir la globalité d'un phénomène est trivial. Il suffit de remarquer que l'analyse est *économique*. Nous avons essayé, dans le premier titre de cette thèse, de décrypter le code économique. Il s'agit ici de mettre davantage en évidence les « lacunes » de ce code (car le code semble incapable de traduire parfaitement certaines perceptions). Ces « lacunes » sont nécessaires puisque la perception dans le cadre d'une théorie oblige à réduire le phénomène à un code. Les résultats doivent donc être interprétés à

²⁵⁹⁸ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, op cit, proposition 6.342, p 106

²⁵⁹⁹ Kurt Gödel, 15 mars 1972, cité par Hao Wang, *A Logical Journey : From Gödel to Philosophy*, op cit, p 25

l'aune de ces « lacunes » et la mise à disposition d'un méta-code (le langage naturel) permet d'interroger les différents sous-codes qui s'expriment à partir de ce méta-code pour en repérer les lacunes²⁶⁰⁰. Idéalement, il faudrait même revenir sur les non-dits du méta-code (en tant que déterminant de la structure de la perception) ce qui dépasse les ambitions de cette thèse.

Nous reviendrons successivement sur les implications de l'individualisme méthodologique (1), sur le problème de la rationalité économique (2) et de la temporalité (3). Ces trois éléments illustrent les angles morts de la théorie économique, ce qu'elle ne peut pas « penser » dans son code (ou alors très artificiellement). Nous reprendrons une partie des éléments qui ont été présentés dans la première partie de cette thèse en les systématisant encore davantage.

L'identification de lacunes ne peut cependant être réalisée que si nous disposons d'une perception externe à la perception économique : une « lacune » n'est que relative à un point de vue. Il n'est d'ailleurs pas rare que les fondements de l'économie soient critiqués à partir de points de vue externes (il existe ainsi une sociologie économique). Le renversement interne et le renversement externe sont donc assez proches. Dans le renversement interne, la comparaison n'est pas relative à un point de vue articulé mais à une perception plus générale. Le point de vue interne émerge d'une réflexion à partir du code. La valeur particulière attribuée aux connaissances économiques dépend donc d'un point de vue « alternatif » permettant l'évaluation de cette valeur. La qualification de « connaissance » semble ainsi découler d'une satisfaction, de la transformation d'une hypothèse en hypothèse satisfaisante (selon des considérations qui ne sont pas explicites).

1. L'analyse économique et l'individualisme méthodologique

L'analyse économique se construit à partir d'un individualisme méthodologique : seuls les individus agissent, le social est le produit de leurs actions. Ces deux premières propositions affirment un positionnement ontologique : il n'existe pas de Dieu, de destin ou d'autres causes supra-individuelles susceptibles d'expliquer « mieux » la dynamique sociale. Ces propositions sont d'ailleurs largement admises en sciences sociales de Weber à Elster en passant par Hayek et Posner. Il ne s'agira pas ici de critiquer cette méthodologie d'approche mais d'en comprendre les angles morts.

Le premier problème de l'individualisme méthodologique, c'est qu'il part d'une représentation de l'unité. L'individu est perçu comme une unité alors qu'il est déjà un composé (d'organes ou de

²⁶⁰⁰ Nous disposons en effet d'une possibilité d'unification des codes, même si le flou du langage naturel ne permet pas de lever l'ensemble des ambiguïtés.

gènes notamment). Dans des cultures où l'homme ne se définit pas par son individualité mais par « sa fonction » dans une collectivité²⁶⁰¹, cette analyse est nécessairement limitée (au moins pour rendre compte de la perception de l'individu).

Dans sa version radicale, l'individualisme méthodologique conduit à raisonner à partir d'un homme en dehors de la société. Nous retrouvons les fameuses « robinsonnades » de la science économique. Signalons d'ailleurs que l'une des propositions de la théorie de l'équilibre général est l'absence d'externalité, donc l'absence d'influence des individus entre eux (et donc l'absence de société). La dimension culturelle et sociale de la rationalité individuelle est totalement niée ou plus précisément dissoute dans les normes sociales. Ceci pourrait laisser penser que les prescriptions économiques sont valables quelle que soit la culture dans laquelle elles s'appliquent²⁶⁰² alors qu'il n'en est rien ; même si l'individu réagit, toutes choses égales par ailleurs, de la même façon (et il s'agit d'un postulat d'unité de l'Homme), n'étant pas placé dans un environnement similaire, il ne réagira pas, pratiquement, de la même façon.

Percevoir l'individu en dehors de sa culture et de sa détermination sociale limite la capacité de compréhension pratique du fonctionnement des individus. En laissant de côté le problème de la formation des préférences et l'interaction entre les normes sociales et les normes juridiques, les propositions économiques se doivent d'être qualifiées, surtout lorsqu'elles concernent les phénomènes juridiques.

La théorie des jeux a contribué à réinscrire l'homme dans le social au moyen d'une rationalité stratégique. Elle a aussi permis de mieux comprendre le développement des normes sociales sans pour autant pouvoir prédire ni leur survenance, ni leur impact précis sur le comportement des individus. Cette représentation ne va cependant pas jusqu'à considérer que l'homme est inscrit dans un environnement et qu'il existe des interactions avec cet environnement. L'économie permet d'expliquer la première partie de ce lien, voire la seconde, mais pas la dynamique d'évolution qui existe entre les deux. L'économie peut expliquer l'impact d'une norme sur le comportement d'un individu relativement à cette norme, elle peut aussi rationaliser le pourquoi de telle ou telle norme (sans pour autant réussir à expliquer le dépassement de la rationalité individuelle dans le social). Elle ne peut cependant pas expliquer la modification d'une structure de perception induite par une norme ou une institution (justement car la formation des préférences n'est pas pensée) et encore moins des phénomènes d'émergence ou d'innovation (en raison même de son approche de la rationalité).

²⁶⁰¹ Une telle société serait proche d'une société de fourmis.

²⁶⁰² Pensons aux fameux rapports *Doing Business*.

Les institutions participent cependant à la création de nos perceptions : *les individus agissent en partie à travers des représentations sociales et cette construction sociale du sens* (qui constitue à la fois une contrainte et une ressource) *est difficile à traduire dans le code économique*. L'idée de boucle(s) de rétroaction susceptible(s) de conduire à l'émergence de perceptions nouvelles entre difficilement dans l'approche séquentielle proposée par l'économie.

L'individu ne peut donc pas être rationnel (comme il ne peut observer une norme) tout seul car c'est le social qui donne sens. Arrow explique ainsi : « *rationality is not a property of the individual alone* »²⁶⁰³. Le langage constitue le code ultime de structuration du réel en permettant d'en rendre sens. *Cette dimension « structurante » du social est cependant largement occultée par l'économie*²⁶⁰⁴. Elle se base sur cette structure sans en percevoir la dynamique et son impact.

Les institutionnalistes et les néoinstitutionnalistes essayent de rendre compte de l'impact de l'environnement sur la rationalité et le comportement des individus. Parfois des modèles de coévolution sont proposés. Ces modèles expliquent davantage le mécanisme que la résultante d'une situation particulière²⁶⁰⁵. Malheureusement, une telle prise en compte (à l'instar des approches évolutionnaires) conduit à réduire la précision des prédictions (mais à mieux saisir les mécanismes en proposant une véritable approche systémique²⁶⁰⁶). Des choix épistémologiques relatifs à ce qui fait la pertinence d'une information apparaissent alors.

Par extension, la dimension collective des délibérations ne peut pas être perçue par l'analyse économique. La structure de décision n'est pas unique mais un composé d'individus, et la production de sens à l'intérieur de cette structure ne semble pas pouvoir dépasser les dimensions individuelles. Il y a là un manque certain, renforcé par l'hypothèse de rationalité néoclassique : si les individus disposent d'une information parfaite, la décision collective revient à une confrontation de points de vue qui ne peuvent pas évoluer ; elle n'a donc plus rien de collectif.

L'individualisme méthodologique pourrait aussi laisser penser que les individus sont les « maîtres » du social et qu'il y a une certaine conscience dans la création des structures et des

²⁶⁰³ Kenneth Arrow, *Rationality of Self and Others in an Economic System*, op cit, p 385

²⁶⁰⁴ Nous retrouvons le problème de la poule et de l'œuf : sans structuration sociale, il est difficile de rendre compte des actions mais sans action nous ne pouvons pas expliquer comment arrivent les structurations sociales. Si nous prenons cette perspective de front, il est tout aussi « rationnel » de partir de l'individu pour expliquer le social que de partir du social pour expliquer l'individu.

²⁶⁰⁵ Voir notamment Samuel Bowles, *Microeconomics, Behavior, Institutions and Evolution*, op cit, pp 363-469. Cette partie est d'ailleurs intitulée « Le changement : la coévolution des institutions et des préférences ».

²⁶⁰⁶ Cette approche dépasse le clivage entre holisme et individualisme méthodologique. Elle nous semble plus adaptée pour saisir le réel.

normes : si le social est le produit des actions des individus, peut-être que les individus peuvent construire le social. Hayek a largement critiqué cette approche qualifiée de constructiviste (même si cette conception est liée à sa conception de la rationalité, *infra*). Ce biais est particulièrement présent en analyse économique du droit car l'objectif ultime est celui d'une construction rationnelle (ou plus rationnelle dans le cadre offert par les perceptions sociales) d'un système de droit.

Enfin, le positionnement de l'analyse économique tend à déconsidérer toute causalité structurale dont les microfondements ne peuvent pas être expliqués (et dont l'apparition ne peut pas être déterminée), même lorsque ces causalités semblent plausibles²⁶⁰⁷. La détermination sociale des individus est évacuée au profit d'une approche individuelle de la situation : pour expliquer l'échec scolaire, l'économie n'utilisera pas l'idée de classe sociale mais l'idée de capital social. De même, comprendre un mouvement de foule à partir du fonctionnement des individus dans la foule nous fait perdre le raisonnement à partir de l'idée de foule. Les idées d'anomie, de corps intermédiaire ou de processus de socialisation seront, elles aussi, réinterprétées dans le code économique. Cette approche est certainement pertinente mais laisse penser que nous « perdons » quelque chose dans la représentation du phénomène.

2. Le problème de la rationalité économique

Le problème des angles morts de la rationalité économiques sont liés à une double considération : celle de la rationalité en termes de cohérence, et celle de la rationalité comme recherche de l'intérêt. Les modèles économiques de rationalité divergent relativement aux choix opérés à cette étape.

Considérer que l'individu agit d'une façon cohérente est une précondition pour analyser son comportement. La possibilité de l'aléatoire est exclue par hypothèse. Il y a donc un certain paradoxe à parler d'irrationalités lorsque celles-ci sont systématiques.

1. Le premier angle mort de la rationalité économique correspond à la dimension cognitive. La rationalité est une boîte noire qui ne dit rien sur son processus de fonctionnement (même la rationalité procédurale reste trop évasive pour considérer qu'elle rend compte d'un fonctionnement). Le

²⁶⁰⁷ Il ne s'agit pas ici de savoir si ces approches sont pertinentes ou acceptables, mais les rejeter uniquement pour des considérations méthodologiques alors qu'une partie de ces idées contribuent à la structuration du monde social fait perdre quelque chose.

raisonnement en termes de « comme si » n'a d'ailleurs pas pour objectif de comprendre le mécanisme de choix mais simplement de faciliter la prédiction. Dans ce cas la rationalité ne vise pas à expliquer. Il est cependant probable que la compréhension des mécanismes de cognition facilite la construction d'un système juridique adapté.

Les axiomes de rationalité conduisent à percevoir le choix d'une façon linéaire : les différentes étapes d'identification, d'évaluation et de sélection sont découplées. Nous jouons avec la dimension « normative » de la rationalité issue de ce qu'il est convenu d'appeler la « modernité occidentale ».

La logique économique interdit de percevoir le processus de choix comme un système dans lequel chaque étape est en interaction avec les autres. La place temporelle de l'hypothèse dans son processus de génération ne peut pas avoir un impact sur l'évaluation de cette hypothèse, ni sur le processus de sélection. De même, le choix final ne peut pas avoir d'impact sur l'évaluation des options. Enfin, l'identification des options n'a pas d'influence sur la formation et l'évolution des préférences des individus ou la situation concrète dans laquelle se trouve l'individu. Cette approche peut constituer une « fausse » piste, mais elle est écartée implicitement par l'analyse économique sans véritable considération.

Même si la linéarité n'est pas remise en cause (et si nous supposons que les préférences sont fixes), le modèle économique de rationalité ne rend pas compte des différentes étapes. Le problème de l'identification des opportunités n'est pas censé poser de difficultés : celles-ci sont objectives en raison de l'hypothèse de rationalité parfaite (mais aussi de la nécessité de pouvoir modéliser). Le social est transparent pour l'individu et il en comprend le fonctionnement sans avoir besoin de l'apprendre (ou de structurations sociales). L'approche économique ne permet pas de saisir l'unité formée entre l'action et la compréhension. L'homme agit ou anticipe des actions pour comprendre et identifier les opportunités. *Il n'agit pas uniquement parce qu'il sait mais pour savoir.*

Le niveau d'information n'est pas neutre en droit. Si l'individu dispose d'une information parfaite, il n'existe aucun problème d'interprétation mais un problème de justification de la plausibilité de cette hypothèse. L'individu est capable d'identifier le sens qui sera attribué par le juge. Si nous supposons que son information n'est pas totalement parfaite, il sera possible qu'il anticipe une tache de sens et agisse en fonction de celle-ci. Si son information est encore plus limitée, rien ne permet de dire que la modification du droit explique le comportement de l'individu, par exemple car l'action de l'individu n'est pas perçue dans sa sphère juridique. Plus le niveau d'information est réduit et moins la réponse de l'individu est prévisible *ex ante* car il se fiera à des heuristiques simples qui ne requièrent pas nécessairement de prendre en compte certaines évolutions de

l'environnement (nous retrouvons les considérations de Ellickson sur le test empirique du théorème de Coase²⁶⁰⁸)

L'évaluation de chaque option ne pose pas, elle non plus, de difficultés. L'individu peut unitariser les options selon un cadre unique ce qui suppose qu'il peut, sans structuration sociale, leur donner du sens et les réduire. L'idée de préférences ne fait que rationaliser la possibilité d'une unitarisation. Nous supposons que ce sont elles qui « déterminent » le classement alors que c'est le classement qui les détermine. L'idée d'un préordre complet va dans le même sens. Si nous considérons que l'individu maximise, alors ce préordre est nécessaire mais rien ne permet d'observer la réalité de celui-ci (il justifie l'idée de maximisation mais ne la démontre pas). L'économie ne peut donc pas penser la multidimensionnalité réelle et les heuristiques. Elle ne peut pas dépasser le séquentiel.

Tout point de vue autre que l'agent maximisateur ou optimisateur sort du cadre du – ou est évacué par le – raisonnement économique (les applications relatives à la logique de la satisfaction étant encore rares en économie). Les heuristiques situées et le problème de la construction de la perception des opportunités sont totalement ignorés. Des considérations psychologiques relatives au désir, à l'opposition entre pulsion de vie et pulsion de mort, etc... sont écartées. Pourtant de telles considérations modifient la perception des objets économiques mais aussi des solutions efficaces. En effet, si le droit peut agir sur les représentations sociales, un nouveau levier est identifié et toute modification des règles juridiques aura potentiellement un impact sur les relations sociales. De même, la formulation des règles aura un impact sur la perception du sens que le législateur a voulu imprimer à la règle. Ce problème n'est pas « pensé » par l'économie.

Cette différence dans la conception de la rationalité a des conséquences importantes pour les intuitions relatives au fonctionnement « réel » du monde (et au questionnement de ce réel) mais aussi pour les prescriptions envisageables. Si les individus connaissent le monde et font des choix en fonction de leurs préférences, le modèle libéral est « favorisé » car le paternalisme n'a plus de raison d'être. Le paternalisme suppose en effet soit une meilleure acquisition d'informations et un traitement des informations comparable, soit une acquisition similaire et un traitement « supérieur », soit une meilleure acquisition et un traitement des informations supérieur.

De même, du point de vue économique, une prime à la situation réelle est postulée. Si les individus se comportent comme s'ils étaient rationnels, alors, compte tenu des coûts de transaction, le réel est rationnel. L'idée de rationalité économique comporte donc un certain nombre de « valeurs ».

²⁶⁰⁸ Robert Ellickson, Of Coase and Cattle, Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County, op cit

2. *Le second angle mort de la rationalité est lié à l'idée que les individus recherchent leur intérêt.* Toute idée de désintéressement²⁶⁰⁹, d'altruisme, etc... doit être pensée à partir de l'idée de l'intérêt et ne peut donc pas l'être dans son sens « social ». Pour l'économie, l'Homme n'est pas un animal politique par nature mais par intérêt ; nous retrouvons une herméneutique du soupçon. En poussant légèrement, *l'économie n'est rien d'autre qu'une philosophie du soupçon dont la logique de fonctionnement est plus explicite que la plupart des systèmes philosophiques.*

Cette approche n'est pas critiquable comme exploration théorique, même si elle conduit à une vision pessimiste de la nature humaine. Il s'agit de désenchanter le monde dans lequel nous vivons. Les économistes se considèrent ainsi comme des « réalistes » et les critiques mettent en avant leur cynisme (au sens wildien : ils connaissent le prix de tout et la valeur de rien). L'action collective ne serait alors pas le produit d'une volonté des individus de faire avancer des intérêts qui les dépassent mais peut se comprendre uniquement en fonction des avantages procurés par l'appartenance à cette action ou au groupement qui organise celle-ci. Cette vision conduit, lorsqu'elle est radicalisée, à la destruction de l'idée de lien social car l'individu n'est jamais valorisé pour lui-même mais toujours comme moyen²⁶¹⁰.

Cette considération nous oblige à bien distinguer le niveau évolutionnaire et le niveau psychologique. Evolutionnairement, il est possible de justifier nos comportements sociaux à partir de l'idée d'intérêt. La solution du jeu de l'ultimatum peut ainsi dériver de l'idée d'une dynamique de sélection. Les individus ne sont donc qu'altruistes en apparence et la relation désintéressée est une illusion.

Psychologiquement l'individu n'a pas « conscience » de maximiser dans toutes les situations. Il n'interprète pas l'ensemble de ses actions comme un calcul et il peut « réellement » penser qu'il agit de façon désintéressée. L'approche économique ne permet donc pas de bien saisir le « sens » attribué aux actions par les individus (qui agissent ou qui perçoivent l'action) et donc l'importance de la structuration du droit relativement à la conceptualisation psychologique (sans quoi l'individu n'a pas l'impression d'être respecté dans sa spécificité d'Homme).

Autrement dit, la rationalité s'enferme dans un modèle et le modèle tend à primer sur la réalité dont il souhaite rendre compte. *Avoir conscience que le modèle n'est qu'un modèle est une première étape vers le dépassement de celui-ci car cette conscience suppose la possibilité d'en sortir pour l'observer « de haut ».*

²⁶⁰⁹ Voir notamment Jon Elster, *Le Désintéressement, Traité Critique de l'Homme Economique I*, op cit

²⁶¹⁰ L'individu est donc valorisé par l'individualisme méthodologique et dévalorisé par l'absence de considération pour son « être ».

3. L'analyse économique et le problème de la temporalité

Une partie des angles morts présentés dans les précédentes sous parties est liée à la perception de la temporalité par l'analyse économique. La temporalité n'est pas perçue dans toute sa complexité dans les analyses économiques traditionnelles²⁶¹¹. Elle nous semble cependant constituer une dimension sociale importante : l'action s'inscrit dans le temps.

L'environnement des représentations économiques est un environnement fixe ou dans lequel le temps est perçu physiquement, comme une dimension du même type que l'espace. L'analyse économique utilise d'ailleurs les outils de statique comparative et parmi les *cetera* de la clause *ceteris paribus* se trouve la fixité de l'environnement. Les recommandations économiques ne valent donc – à l'exception de la structure – qu'à environnement constant, et les éléments de l'environnement susceptibles d'affecter les résultats sont rarement explicités. En analyse économique du droit, le système juridique est perçu comme un ensemble de règles individuelles. Le corps de règles et l'affectation de ce corps par l'évolution de certaines normes lui appartenant n'est pas pensé directement par l'économie. Cette dernière ne propose qu'une connaissance abstraite qui n'est pas directement manipulable afin de déterminer une « solution ».

Parfois les modèles économiques du droit donnent une illusion du temps. Les modèles d'optimisation intertemporelle ne sont pas réellement dynamiques dans la mesure où l'individu peut déterminer dès le début de son action son plan d'action. L'environnement n'est pas censé lui apporter de nouveaux éléments lui permettant de modifier son plan d'action en lui ouvrant, par exemple, de nouvelles opportunités. Les possibilités des états du monde et leurs probabilités sont connues.

Les modèles évolutionnaires sont plus dynamiques même si l'environnement est supposé fixe en dehors de la relation analysée. Ces modèles ne peuvent cependant pas pleinement aider à la prédiction. Ils servent surtout à proposer une explication d'un phénomène observé. Par ailleurs, la dynamique est spécifiée dès l'origine et n'évolue pas avec l'environnement. Seuls les individus s'adaptent et non leur façon de percevoir le réel.

Le temps en économie traditionnelle n'est donc pas perçu comme un flux d'informations, comme un temps « social ». Il n'existe aucune surprise, aucune innovation, aucun apprentissage, et donc aucune incertitude véritable. Ceci est lié à l'hypothèse de rationalité et à la volonté de disposer d'un modèle susceptible de prédire « théoriquement ». Si les individus sont rationnels, ils n'apprennent pas donc le temps n'apporte rien. Si le temps n'existe pas, la rationalité optimisatrice est possible.

²⁶¹¹ Nous renvoyons, pour plus de détails, à l'ouvrage de Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, op cit. Notre objectif ici est uniquement d'identifier les angles morts.

La perception de l'incertitude, engendrée par une dimension sociale du temps, a cependant des conséquences sérieuses. D'une part, moins le problème de l'incertitude est perçu, plus la planification est envisageable. C'est à partir du problème de l'incertitude que les économistes autrichiens ont critiqué les systèmes socialistes. Plus largement, *plus nous reconnaissons l'incertitude plus nous aurons tendance à modérer nos prescriptions et la valeur de nos résultats*. Hayek appelle ainsi à une humilité vis-à-vis des processus sociaux dont la raison d'être nous dépasse largement. *La connaissance n'est plus une connaissance pour l'action mais une connaissance pour penser l'action*. Dans l'incertitude, le droit ne peut alors plus « imposer » des comportements ; il ne cherchera qu'à les réguler.

D'autre part, sans incertitude, il ne sera pas nécessaire de penser les mécanismes pour y faire face. Au niveau social par exemple, ne pas prendre en compte l'incertitude conduit à réduire l'adaptabilité du système et à ne pas suffisamment penser au problème de l'irréversibilité (ou plus précisément de sa possibilité). Cette possibilité d'irréversibilité modifie cependant la perception de l'analyse coûts-bénéfices qui ne peut jamais être que *située* et non *objective*. Cette analyse est inscrite dans le temps et dans les représentations sociales (dont la dynamique n'est pas non plus perçue).

De même, le rôle fondamental des mécanismes de diffusion de l'information pourra être négligé. Le marché est valorisé pour son efficacité allocative, non pour ses vertus de diffusion de l'information. L'efficacité n'est plus qu'une efficacité d'un moyen plus profond que l'idée de maximisation ; elle est la maximisation de la possibilité d'assurer une maximisation. Du point de vue du droit, nous retrouvons la dimension procédurale : le droit favorise la possibilité de maximisation, il ne vise pas à l'engendrer directement.

Au niveau individuel, le rôle de l'imitation comme processus d'adaptation n'est pas suffisamment perçu. En effet l'imitation suppose que l'individu ne sait pas comment agir et observe dans son environnement les actions qui semblent conduire à de « bons » résultats. L'heuristique est beaucoup plus simple que l'hypothèse de rationalité économique et ses implications sont bien différentes puisque des cascades peuvent survenir beaucoup plus rapidement. De même, le droit n'est pas suffisamment perçu comme un outil de cognition externe, comme un outil de structuration du réel en vue de faciliter l'action « efficace » en réduisant l'incertitude.

Un dernier angle mort doit aussi être signalé : le modélisateur lui-même est un individu inscrit dans la société et dans les conceptualisations sociales de son époque ; il ne peut pas penser la totalité de ses mécanismes psychiques car il y est soumis. Ceci ne veut pas dire que toute

connaissance est historiquement située, mais que la possibilité de cette historicité permet d'améliorer notre perception de la globalité de l'objet observé.

Les différents angles morts identifiés n'appellent pas nécessairement à une révision des structurations économiques mais à une qualification des résultats de chaque structuration ; *chaque structuration forme d'ailleurs un code*. Le problème de la transformation de la négativité de l'identification des angles morts en une positivité de la connaissance n'est cependant pas résolu.

B. La conscience des absences comme aide au dépassement du code

Une fois les angles morts identifiés, deux stratégies sont possibles. La première conduit à réviser les outils utilisés par l'analyse économique afin qu'elle en tienne compte. Cette stratégie a déjà été présentée dans les premiers chapitres et explique la multiplication des approches économiques. Il ne nous semble pas opportun d'y revenir. Mentionnons simplement que cette stratégie peut brouiller la perception même de ce qu'est l'économie au profit d'une approche plus globalisante du comportement des individus.

La seconde stratégie suppose que l'introduction de ces nouvelles considérations est soit impossible (en raison de leur nature même ; nous ne ferions plus de l'économie), soit difficilement justifiable en raison de considérations épistémologiques sous-jacentes à une perception du rôle de l'économie (critique Posnérienne de l'économie comportementale). Autrement dit, *nous nous intéressons à la situation dans laquelle nous sommes largement « prisonniers » du code pour nous exprimer*.

1. Même dans cette situation, la connaissance des absences influence notre institution à travers l'altération de notre perception. Cette dimension me semble largement inexprimable et relever d'un savoir inconscient. De même que la lecture d'un ouvrage philosophique de qualité nous semble avoir modifié la couleur de nos propres idées, même si l'apport direct de l'ouvrage est difficile à mettre en mots, *saisir que l'analyse économique du droit n'est qu'un code modifie notre appréciation des savoirs économiques à la fois en termes de connaissance pure et de connaissance pratique*.

Il existe une différence entre comprendre la distinction entre noumène et phénomènes et saisir « concrètement » ce qui est exprimé au-delà des mots, entre comprendre la relation entre les termes et saisir ce qu'elle signifie. Il existe la même différence entre comprendre les propositions économiques et saisir leur « validité ». Une étape a été franchie et elle ne peut être franchie qu'en la « vivant ». Les savoirs économiques ne sont pas de meilleure ou de moins bonne qualité, ils

sont simplement évalués sur une échelle différente qui s'est « révélée » par cette perception du sens : nous avons « saisi » quelque chose.

La connaissance signifie alors une éducation réciproque de l'intuition et de l'analyse : l'analyse permet de mieux comprendre l'intuition et l'intuition permet d'évaluer l'analyse. Le composé n'est pas réductible à l'un ou l'autre terme (sans quoi il ne serait plus un composé). L'acceptation de cette double dimension pour appréhender les phénomènes juridiques est fondamentale et nous oblige à rechercher la sublimation de cette tension. Il serait « trop facile » de considérer que l'intuition est l'expression d'une dogmatique et que l'analyse ne permet pas de tout cerner. Ces deux modes de cognition sont bien souvent les seuls dont nous disposons.

Epstein synthétise parfaitement cette idée : « *The experiential system is assumed to have a very long evolutionary history and to operate in nonhuman as well as in human animals. Because of their more highly developed brains, it is assumed to operate in far more complex ways in humans. At its lower levels of operation, it is a crude system that automatically, rapidly, effortlessly, and efficiently processes information. At its higher reaches, and particularly in interaction with the rational system, it is a source of intuitive wisdom and creativity. Although it represents events primarily concretely and imagistically, it is capable of generalization and abstraction through the use of prototypes, metaphors, scripts, and narratives.*

The rational system, in contrast, is a deliberative, effortful, abstract system that operates primarily in the medium of language and has a very brief evolutionary history. It is capable of very high levels of abstraction and long-term delay of gratification. However, it is a very inefficient system for responding to everyday events, and its long term adaptability remains to be tested »²⁶¹². Notre thèse n'étant pas une thèse de psychologie, il semble inutile d'explicitier davantage cette position (nous donnerons quelques éléments, *infra*). Notons cependant que même cette conception peut être rationalisée dans le code de l'économie par le recours à une approche évolutionnaire de la rationalité qui n'est cependant plus alors strictement économique. L'économie au sens strict ne peut s'intéresser à une des dimensions analytiques de la cognition mais ne peut pas rendre compte de la dimension intuitive.

Déterminer la place de l'analyse économique dans la connaissance des individus suppose donc de disposer d'une théorie de la cognition qui dépasse l'économie au sens strict. Celle-ci ne véhicule en effet qu'une vision « rationaliste » en ayant tendance à oublier sa raison d'être.

²⁶¹² Seymour Epstein, Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious, 1994, *American Psychologist*, vol 49, pp 709-724, p 715. Ce type d'approche se retrouve aussi chez Gerd Gigerenzer, *Gut Feelings, The Intelligence of the Unconscious*, op cit.

2. Plus positivement, l'identification d'angles morts nous incite à douter. Ce doute ne signifie pas qu'il est possible de balayer les résultats de l'analyse économique du droit d'un revers de la main, mais qu'une appréciation de ces « informations » doit être prise en compte dès lors qu'elles découlent d'un certain code. Ce doute plaide donc pour une ouverture lorsque différentes approches pointent dans des directions opposées, ou du moins lorsqu'elles ne sont pas parfaitement compatibles.

Le problème n'est plus de savoir quelle représentation est la *bonne*, si la sociologie explique mieux que l'économie ou qu'une théorie du droit dans la mesure où toutes sont des représentations d'un objet qu'elles constituent et qu'elles interrogent différemment. *L'objet est donc par nature pluriel, il est le composé de ces représentations, il ne peut pas se résumer à l'une d'entre elles.* Une perception uniforme de ce composé est inexprimable scientifiquement. Apprécier si la place Beauvau est une perspective monumentale n'est pas exprimable à travers un calcul des paramètres. L'appréciation n'est pas linéaire mais parallèle, c'est une globalité qui est évaluée. Ces paramètres peuvent être exprimés mais leur « agrégation » relève de quelque chose qui les dépasse. Cette analyse suppose qu'il existe une dimension structurale et holistique du fonctionnement de l'esprit et donc de la perception (même si cette dimension ne permet pas de revenir à l'atomisme permettant de démontrer la validité de cette perception).

3. *Les angles morts illustrent surtout les limites de notre connaissance.* Après tout, les théories économiques ont été construites pour essayer de gérer une partie de ces limites. Repositionner l'analyse économique dans cette perspective permet de dépasser le code, ou en constitue, au moins, une condition de possibilité. Nous retrouvons la formulation de Levi-Strauss mais aussi une certaine dimension poppérienne. *La connaissance ne peut pas se définir en termes de positivité mais uniquement en termes de négativité.* Nous ne pouvons pas savoir ce qui est mais nous pouvons avoir une idée de ce qui n'est pas ou de ce qui est incompatible. Wittgenstein précise ainsi que « *Toute la vision moderne du monde repose sur l'illusion que les prétendues lois de la nature sont des explications des phénomènes de la nature* »²⁶¹³. Le problème n'est pas de déterminer des solutions à des problèmes mais d'identifier les questions pertinentes et de reconnaître l'indicible (et donc les limites de la démonstration comme condition de la « connaissance »). Ce n'est que par ce questionnement que le code pourra espérer se dépasser. Cette logique se retrouve d'ailleurs pour l'utilisation pratique des résultats de l'analyse économique du droit.

²⁶¹³ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, op cit, proposition 6.371, p 108

Section 2. L'analyse économique, le jugement et la rationalité pratique, la question de l'utilisation pratique des résultats du code

« The price of living in the world of the pragmatists and the skeptics is the need to acknowledge that our best-founded beliefs are still uncertain »²⁶¹⁴

Stephen Toulmin

« The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics »²⁶¹⁵

Oliver Wendell Holmes

Nous nous sommes intéressé, dans la section précédente, à la connaissance théorique proposée par l'analyse économique du droit, à ce qu'elle peut nous apprendre sur le monde des phénomènes juridiques. Ces éléments nous aideront aussi à en saisir la portée pratique et nous retrouverons le problème de l'indicible. Il s'agira de mettre en mouvement les considérations précédentes pour saisir leur impact pratique pour la connaissance du droit. En effet, l'analyse économique du droit se veut avant tout pratique. Elle a été constituée pour répondre « plus objectivement » à des questions juridiques. C'est cette considération que nous souhaitons explorer dans cette section. Logiquement, nos réflexions seront dans la continuité de nos développements sur le pragmatisme de Posner et sur ses apparentes ambiguïtés. Dans un monde d'incertitude, l'approche pragmatique semble en effet une option pertinente. Nous pourrions alors boucler la boucle entamée dans la première partie de notre thèse.

Nous montrerons tout d'abord que le jugement pratique ne peut être dissout par des considérations économiques (§1). Il y a plus dans le droit que l'économie et il ne faudrait pas confondre la logique interne de l'analyse économique du droit et son externalisation pour la décision en droit. Ce point est reconnu par Posner lui-même : l'économie n'est qu'une des clefs pour saisir les processus de décision dans le monde des phénomènes juridiques et certaines réflexions économiques perdent de vue leur objet.

²⁶¹⁴ Stephen Toulmin, *Return to Reason*, op cit, p 204

²⁶¹⁵ Oliver Holmes, *The Common Law*, op cit, p 1

Les oppositions entre le rationnel et le raisonnable, la décision et le jugement (et plus largement entre l'intuition et l'analyse) peuvent alors prendre toute leur dimension. Il s'agira de rechercher un « juste » milieu entre le formalisme et l'absolu réalisme pour rendre compte du processus de décision du point de vue des acteurs en situation. Nous essaierons de dépasser les clivages entre les conceptions idéales typiques de la prise de décision en matière de droit à partir des idées relatives à la cognition développées dans la section précédente.

Nous nous intéresserons ensuite à l'impact « positif » de l'économie sur le raisonnement juridique (§2). *Si l'économie n'est pas tout le droit, les considérations économiques ont un impact sur le droit.* L'analyse économique du droit peut aider à la prise de décision par les intuitions qu'elle procure et les arbitrages qu'elle met en évidence. Ce n'est plus le savoir direct de l'analyse économique qui est mis en avant mais un savoir indirect. Elle a ouvert des perspectives pour penser les problèmes mais il est impossible de déterminer précisément la place des considérations économiques dans le jugement (de même qu'une fois adulte nous ne pouvons plus penser en enfant). Tout sera affaire de circonstances. Le problème est simplement d'en tenir compte car il n'est pas impossible que l'analyse économique représente une dimension de la rationalité pratique des individus ou une dimension des mécanismes sociaux. Le juriste ne nous semble ainsi pas pouvoir négliger les considérations économiques lorsqu'il prend des décisions pratiques.

La place de l'analyse économique du droit dans le raisonnement juridique n'est pas parfaitement définie. En plus d'être une modalité d'approche, elle informe ce raisonnement même si nous ne pouvons pas expliciter précisément comment (outre l'appel à l'éducation de l'intuition par la connaissance économique). Ce n'est pourtant qu'en acceptant cet impalpable que l'analyse économique du droit se révèle la plus féconde.

§1. L'impossible réduction du jugement pratique à des considérations économiques

De façon assez intuitive, le juriste (mais aussi l'homme de la rue) n'accepte pas que le raisonnement économique puisse supplanter le raisonnement juridique et, dans cette partie, nous lui donnerons raison. *Il existe dans le droit une spécificité : la rationalité du raisonnement n'est pas totalement démontrable au sens de la démontrabilité des sciences physiques ou des mathématiques.* En effet, les faits des sciences sociales ne sont pas les faits des sciences physiques. Les faits des sciences sociales peuvent être autrement qu'ils ne sont : la fixité des relations physiques ne correspond pas à la mutabilité des relations sociales. Un homme peut apprendre et corriger ses actions ; une pomme ne peut pas « décider » de ne pas tomber.

Il est possible de considérer qu'une même forme de rationalité peut appréhender les deux phénomènes et que les faits sociaux sont simplement trop complexes pour être appréhendés aujourd'hui par la pensée humaine et nos outils de connaissance du monde. L'Homme est alors totalement déterminé et il s'agit de mettre en évidence les « lois » qui régissent ses comportements. Ce postulat ontologique n'expliquerait cependant pas comment les individus agissent et justifient leurs actions « sur le moment » : ils n'agissent pas parce qu'ils « savent » (puisque c'est impossible) mais ils agissent tout de même pour des raisons. Le juge ne calcule pas, il *juge* (A). Nous retrouvons ici l'idée de rationalité pratique défendue par Aristote, mais aussi sa logique : « *L'objet de la science est démontrable [...] l'art et la prudence se trouvent avoir rapport aux choses qui peuvent être autrement qu'elles ne sont* »²⁶¹⁶.

Si la décision ne peut pas être parfaitement informée, la décision ne pourra être parfaitement rationnelle, au sens de démontrable. Elle devra se contenter du raisonnable (B) et de la possibilité de se justifier. Il s'agit ici d'une caractéristique fondamentale du raisonnement juridique. Le raisonnement juridique ne vise pas simplement la prise de décision mais aussi sa justification. C'est de ce besoin de justification que la dimension intuitive du raisonnement juridique est perçue comme un arbitraire et que la postrationalisation nous rassure sur nos pratiques. Souvenons nous d'ailleurs que le problème identifié par Posner est celui de l'impossibilité de démontrer un raisonnement juridique ; c'est pour améliorer cette démontrabilité que l'analyse économique du droit peut se justifier, même si, à son grand regret, la certitude dans le jugement n'est pas la même que celle du calcul. Accepter cette impossibilité nous semble déterminant pour « saisir » ce qu'est le raisonnement en droit.

Il s'agit donc de tenir compte de la dimension pratique des renversements. L'image du jugement et de la décision en droit peut être appréhendée de façons différentes en illustrant la tension entre le modèle de l'analyse et le modèle de l'intuition.

A. le jugement comme dépassement du calcul

Le jugement correspond à l'activité pratique des juges et, dans une certaine mesure, des juristes. Nous utiliserons essentiellement la figure du juge pour illustrer nos propos et simplifier ainsi notre argumentation.

Le jugement ne se définit pas ici par la qualité de l'organe qui l'exerce (seul le juge « juge ») mais par sa spécificité intrinsèque (le jugement est à la fois le résultat et le processus menant à ce

²⁶¹⁶ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op cit, p 288, 1140b 35 – 1141a 1

résultat) ; c'est l'activité générale qui nous intéresse ici. Nous ne considérons d'ailleurs pas que le jugement juridique se distingue de l'idée même de jugement, seules les contraintes d'argumentation sont différentes (le jugement n'est pleinement juridique que s'il utilise des arguments « juridiques », *supra*).

Le jugement n'est pas du même ordre que la rationalité scientifique ou que la résolution d'un problème mathématique. Il s'agit, face à un problème juridique, de faire usage de « discernement », de « bon sens », « d'évaluer » les différentes options et de justifier ses positions. « *Le jugement procède donc d'un travail de dialogue et de rhétorique par échanges d'arguments largement basés sur les faits et organisés autour de lieux communs représentant les valeurs qui, héritées de la tradition ou dégagées de l'observation, structurent la vie du groupe* »²⁶¹⁷.

La démonstration est impossible car les conditions de la science ne sont pas réunies. En effet, le jugement ne peut apparaître véritablement que s'il existe une incertitude (et non un simple risque²⁶¹⁸). L'économie ne peut donc pas réduire le raisonnement pratique car elle ne sait pas gérer²⁶¹⁹ l'incertitude radicale (1), c'est à dire la situation dans laquelle les paramètres de la décision ou les méthodes d'agrégation ne sont pas démontrables ou probabilisables. Comme disait Malraux, « *juger, c'est de toute évidence ne pas comprendre puisque, si l'on comprenait, on ne pourrait plus juger* »²⁶²⁰. Si la rationalité était parfaite, le social parfaitement transparent, et si l'incertitude n'était pas de ce monde, la décision pourrait, théoriquement, se calculer. Les différentes théories alternatives de la rationalité se construisent d'ailleurs autour de la possibilité de gérer le monde « tel qu'il est », au risque de dissoudre l'idée de raisonnement économique.

Plus encore, la science ne nous permet pas encore de gérer la multidimensionnalité (2). Elle ne peut la percevoir qu'en la réduisant et considère comme suspecte toute approche générale qui ne peut, par définition, se justifier de façon pleinement satisfaisante. Il ne fait pourtant aucun doute que la multidimensionnalité soit une composante du jugement. Des considérations juridiques, morales, économiques, sociologiques, psychologiques, historiques, culturelles, vont entrer en ligne

²⁶¹⁷ François Ost, Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge-Entraîneur, Trois Modèles de Justice, in Philippe Gérard, Michel van de Kerchove, François Ost, *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire: Transformations et Déplacements*, 1983, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 584 pages, pp 1-70, p 57

²⁶¹⁸ L'incertitude n'est pas probabilisable contrairement au risque.

²⁶¹⁹ Ceci ne signifie pas qu'elle ne peut pas la post-rationaliser (voir nos développements sur Savage dans le premier chapitre de cette thèse). Nous nous intéressons ici à la situation *ex ante*, au moment du jugement.

²⁶²⁰ André Malraux, *Les Conquérants*, 1928, Grasset, Paris, 271 pages, p 56. L'interprétation que nous faisons de la phrase sort du contexte dans lequel elle a été prononcée. Nous ne prétendons d'ailleurs pas pouvoir expliquer ce que Malraux voulait dire au moment où il a écrit cette phrase.

de compte, ne serait ce qu'à travers les connotations du langage ou l'idée de « faisceaux d'indices ». Vouloir réduire la complexité du jugement satisfait notre désir de maîtrise, mais elle ne doit pas faire oublier que sa fonction est justement de réduire cette complexité du réel.

Les deux points que nous mettons en évidence sont donc liés. C'est parce qu'il existe une incertitude radicale que notre volonté d'expliquer nous a conduit à « réduire » la complexité du monde et à le penser comme multidimensionnel. Cette multidimensionnalité n'est pourtant qu'une multidimensionnalité de perception. Elle exprime la possibilité de différents points de vue, conçus pour éduquer notre perception – mais aussi nos actions – et l'agrégation intuitive des données fournies par le monde.

1. Le problème de l'incertitude radicale

Le juge ne navigue pas dans un environnement déterministe (ou au moins dans un environnement où la détermination peut être démontrée). Bien au contraire, cet environnement est marqué, en général, par une incertitude radicale et ce pour au moins quatre raisons.

a. D'une part, il existe une incertitude sur l'origine des faits. Les faits étant passés, le juge ne peut pas les connaître avec précision. Il ne peut se décider qu'en fonction des éléments présentés par les parties (du moins telle est la règle générale, en dehors de la matière pénale), qui n'ont d'ailleurs aucun intérêt à les présenter de façon « objective ». Ils tenteront de les qualifier, de ne retenir que les éléments qui peuvent leur servir pour « influencer » le juge. Les reconstitutions des faits en matière criminelle sont différentes de ce qui s'est passé (par définition) ; il s'agit simplement « de mieux comprendre » ce qui s'est passé (ce qui signifie donc que nous ne pouvons pas le savoir). De même, le juge n'a pas accès à l'intimité de la situation, aux motivations présentes au moment des faits. Comment être certain qu'un individu a prémédité son action ou a été véritablement négligent ? Penser aux fameuses expertises psychiatriques – et surtout à leurs divergences – traduit aussi l'incertitude radicale dans laquelle se trouve le juge.

Parfois, le problème est de moins grande ampleur. Dans le jugement de Salomon, le roi sait qu'une des femmes est la mère de l'enfant. Il sait aussi, qu'en principe, la mère de l'enfant ne souhaitera pas la mort de celui-ci. Il pourra donc gérer l'incertitude en posant une question qui obligera les femmes à révéler leur information privée (et c'est en cela que son jugement est sage car nous pensons qu'il permet d'arriver à la « vérité »). Que se serait-il cependant passé si les femmes connaissant la théorie des jeux avaient répondu l'une et l'autre qu'elles ne souhaitaient pas la mort de l'enfant ?

Le juge doit se prononcer, en principe, sur des faits « biaisés » (ce qui permet, lorsque les exagérations sont symétriques de les dépasser). Les questions qu'il peut poser pourront lui permettre d'obtenir une meilleure image des faits mais le questionnement est en partie conditionné par les faits tels qu'ils sont présentés par les parties (et il n'est pas rare que les parties s'entendent pour ne pas divulguer certaines informations au juge).

Cette limite n'est pas fondamentale du point de vue de l'économie. En effet, le jugement n'est que relatif à des faits et, du point de vue des incitations, seuls les faits présentés comptent. Si par contre le jugement est supposé dépasser le conflit présenté pour atteindre les faits « tels qu'ils sont », aucun véritable jugement n'est possible.

Parfois, les faits sont relativement *objectifs*, notamment lorsqu'ils touchent à une date ou aux personnes concernées par l'affaire. L'idée de jugement est moins appropriée puisque la solution peut être déterminée mécaniquement. Il suffit de penser aux problèmes des délais de saisine du juge administratif en matière de recours pour excès de pouvoir. Ces situations là ne sont généralement pas celles sur lesquelles le juge aura à se prononcer. En effet, pour qu'elles viennent devant le juge, les parties ne doivent pas s'accorder sur l'interprétation des règles, sur le droit applicable ou sur le montant des dommages et intérêts (sans quoi elles auront tendance à trouver une solution de façon privée si les coûts de transaction ne sont pas prohibitifs).

b. Ceci nous amène à la deuxième incertitude qui est relative à l'identification et à la portée des règles juridiques (et donc à la qualification juridique des faits). Afin de pouvoir rendre une décision, le juge doit pouvoir qualifier les faits et donc les sélectionner à partir des éléments fournis par les parties (rien ne lui interdit d'ailleurs de reconstruire les faits à partir des éléments dont il dispose). Il existe une interaction entre l'incertitude relative aux faits et l'incertitude relative à leur qualification. En effet, les règles juridiques (ce qui suppose donc une théorie de ce que fait qu'une règle est juridique²⁶²¹) orientent la perception des faits (en raison des catégories juridiques) et la perception intuitive des faits oriente l'identification des règles juridiques « applicables ».

Une règle vise une situation générale, un jugement concerne un cas concret. Le passage de l'un à l'autre n'est pas démontrable « scientifiquement ». Il ne s'agit pas de « calculer » mais de justifier. La multiplication des règles mobilisables pour justifier un jugement (textes, esprit, principe,

²⁶²¹ Nous multiplions donc les problèmes. Parfois le problème est simplement de savoir si telle ou telle règle est une règle juridique.

jurisprudence, etc.) engendre une diversité des qualifications juridiques possibles²⁶²². L'existence d'un conflit concret laisse penser qu'il n'est pas possible de démontrer que telle ou telle situation appartient à telle ou telle catégorie juridique. Si le juge peut sanctionner « l'erreur manifeste d'appréciation », rien ne permet de démontrer que cette situation existe avant qu'elle ne soit posée. Il en va de même des considérations relatives à la « proportionnalité » des mesures de police ; ce point ne peut être que débattu.

Même lorsqu'il est possible de déterminer la règle applicable, le problème de l'interprétation subsiste. L'interprétation signifie qu'il est possible de trouver plusieurs sens à la règle, sans quoi il n'y aurait pas interprétation puisque le sens serait transparent²⁶²³. La possibilité de plusieurs interprétations signifie bien qu'il existe une incertitude relative à la portée de la règle. Le sens « juridique » de « service public » n'est toujours pas déterminé précisément par la jurisprudence administrative. Il en va de même des « circonstances exceptionnelles » de l'article 16 (même si certaines sous catégories sont fournies) ou de l'impact de ces circonstances dans l'application du droit administratif. Les limites du langage naturel par rapport à un langage formel sont ici flagrantes.

Si la règle est connue, que son sens est « clair » si bien que son application aux faits ne semble pas poser de difficultés (au sens d'un consensus), cette règle peut laisser des marges d'appréciation au juge. En matière pénale, celui-ci pourra par exemple déterminer la durée d'une peine d'emprisonnement. En matière civile ou administrative, il pourra déterminer le montant des dommages et intérêts. La présence de cet arbitraire signifie bien que le juge ne « calcule » pas sa décision en fonction d'éléments déterminés. Il ne fait que justifier à partir d'arguments « juridiques »²⁶²⁴ une possibilité qu'il utilise. Les faits (mais bien souvent aussi des considérations morales) permettent de justifier la décision retenue (il est possible de se demander si cette partie de l'argumentation est encore juridique par argument).

²⁶²² Nous renvoyons aussi à nos développements relatifs à la démontrabilité de l'appartenance d'un fait à une catégorie juridique précise et donc à l'espace régi par certaines règles juridiques (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2. Nous ne reviendrons donc pas sur les considérations déjà exposées). Notons que, sous cet angle, il n'existe pas de « vide » puisque ce vide est déjà une interprétation d'un ensemble de règles existantes.

²⁶²³ L'idée profonde du « sens » n'est d'ailleurs pas démontrable car le sens semble être une caractéristique émergente de la relation. Les mathématiques ne peuvent prouver que la relation et non le sens.

²⁶²⁴ C'est ainsi que Georges Vedel explique que la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel n'est pas une troisième chambre se trouve dans le fait que « *les décisions citent les textes constitutionnels leur servant de base* » (Georges Vedel, Neuf Ans au Conseil constitutionnel, 1989, *Le Débat*, n°55, pp 49-56)

c. C'est parce qu'il existe une incertitude relative aux qualifications juridiques que les conséquences des règles peuvent avoir un rôle déterminant dans la sélection de la solution (ce rôle ne se limite cependant pas uniquement à l'arbitrage entre des qualifications juridiques préexistantes et peut justifier l'ajout de nouvelles règles ; nous retrouvons la logique posnérienne). En supposant que le juge soit configuré pour ne se prononcer qu'en fonction des conséquences des règles, l'incertitude reste potentiellement radicale.

D'une part, les réactions des individus réels à la règle ne peuvent pas être démontrées car elles se passeront dans le futur. Dès lors qu'il existe plusieurs modèles de rationalité, comment déterminer « le meilleur » (s'il existe un « meilleur » objectif) ou la meilleure combinaison ? Même lorsque nous supposons que les individus sont parfaitement rationnels, le modélisateur, lui, ne l'est pas nécessairement, et il ne pourra pas anticiper l'ensemble des reconfigurations du système d'incitations (si nous restons dans les conséquences économiques) et des préférences. Plus encore, il sera difficile de quantifier l'effet qualitatif mis en évidence par la logique économique²⁶²⁵. Si l'individu n'a qu'une rationalité limitée, le problème de l'apprentissage et de l'adaptation à la règle (par exemple par les préférences) pourra se poser. Les résultats proposés resteront alors à un niveau d'abstraction élevé.

Postuler la capacité d'identifier les conséquences suppose de ne pas tenir compte de la dynamique de l'environnement. Or l'environnement n'est pas stable (au moins dans sa perception). Les individus doivent s'adapter à de telles modifications. Une règle qui pourrait sembler efficiente dans un environnement stable ne le sera pas nécessairement dans un environnement dynamique. Autoriser l'amiante était théoriquement efficient *ex ante* mais totalement inefficent *ex post* en raison de l'acquisition de nouvelles informations sur ce produit (nous avons ici un exemple d'altération de l'environnement par l'altération de sa perception). Les problèmes de dépendance par rapport au chemin ne sont pas, eux aussi, perçus dans un environnement stable alors que les conséquences de tels phénomènes peuvent être dramatiques.

D'autre part, l'identification des réactions des individus tend à ne se focaliser que sur l'impact de la modification d'une norme sans tenir compte des conséquences pour le système juridique dans son entier. Il est possible, théoriquement, de déterminer certaines des réactions des individus à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori. En France cependant, peut-on envisager les conséquences sans tenir compte de considérations systémiques et notamment du contrôle de conventionalité ? Nous ne le pensons pas. Dès lors que le système

²⁶²⁵ Ce problème de la quantification a été présenté dans le chapitre précédent. Il semble inutile d'y revenir même si cette impossible quantification est une limite à l'identification des conséquences, surtout lorsque plusieurs effets pointent dans des directions opposées.

juridique forme un tout, l'altération d'une règle pourra avoir une influence sur l'ensemble du système ou au moins sur une sous-partie de celui-ci. L'introduction d'une responsabilité du fait des produits défectueux modifie la portée des règles relatives à la responsabilité du fait des choses. L'interprétation considérée comme « extensive » aura une influence sur les anticipations relatives à la marge de manœuvre des juges. L'introduction de nouveaux arguments dans un domaine particulier peut signifier leur reconnaissance dans d'autres domaines. *Les informations fournies par une décision ne sont donc pas uniquement des informations relatives à la situation en question.* Les dimensions individuelles et systémiques (à plusieurs niveaux) de la règle se doivent alors d'être prises en compte même si l'agrégation de ces niveaux nous semble relever de l'idée de multidimensionnalité que nous allons développer dans notre prochaine division.

Enfin, prévoir les conséquences d'une action suppose de déterminer la période sur laquelle ses conséquences sont pertinentes. Doit-on s'intéresser aux conséquences de court ou de long terme ? Comment déterminer précisément ce que signifient ces concepts ? Peut-on démontrer la pertinence de la temporalité retenue ? Posner avait reconnu le problème et appelait à une contingence des considérations. Ce choix n'est cependant plus un choix « scientifique » mais un choix « pratique » (*infra*) car il intègre nécessairement des considérations relatives aux valeurs et ne peut pas se démontrer.

4. Cette incertitude radicale oblige à repenser la fonction des règles (du point de vue économique), mais aussi la relation entre le juge et le législateur (lorsque les deux ne sont pas totalement confondus). En effet, les règles juridiques peuvent être perçues comme des outils pour gérer l'incertitude, des outils de cognition externe. En raison de la possibilité de se tromper, le processus politique apparaît nécessaire (et plus l'incertitude est importante, plus le processus politique semble justifié). Les règles servent alors de justification (au sens de protection) à la décision judiciaire. Elle pourra toujours se couvrir derrière le respect des règles instituées.

C'est parce que nous ne disposons pas de critère(s) objectif(s) dont le contenu peut être démontré que les règles sont une aide procédurale à la décision. Les règles visent à réduire l'incertitude même si elles en ajoutent une d'un nouvel ordre. Elles semblent réduire l'espace des possibles pour la décision mais, en le réduisant, elles apparaissent insatisfaisantes car la réduction n'est pas

totale²⁶²⁶ et les logiques de justification plus les mêmes (le critère unique a été dévalorisé par la logique procédurale).

2. Le problème de la multidimensionnalité

Dès lors qu'il existe une incertitude et que nous souhaitons la contrôler, nous développons des outils pour appréhender le fonctionnement du monde²⁶²⁷. L'économie est un de ces outils. Pourtant, le monde ne peut se réduire au point de vue économique puisque celui-ci n'est qu'un schéma particulier de représentation des phénomènes juridiques. *L'analyse économique aplatit le monde, elle n'en est qu'une projection possible et cette conscience est déterminante pour son utilisation pratique.* De même qu'un objet en cinq ou six dimensions ne peut être traduit dans un espace en trois dimensions, l'analyse économique ne peut pas rendre compte de la totalité des phénomènes à partir de son système d'interprétation²⁶²⁸. Des considérations juridiques (respect des règles, des principes ou des jurisprudences²⁶²⁹), sociologiques ou culturelles (mais aussi psychologiques, historiques, etc.) peuvent entrer en ligne de compte sans se réduire à des considérations économiques (même si cette rationalisation est possible²⁶³⁰). Posner reconnaît cela et appelle, à l'instar des réalistes, à l'utilisation des sciences sociales pour mieux saisir les problématiques juridiques.

Modifions ici légèrement le cas du jugement de Salomon. Parmi les deux femmes, l'une a élevé l'enfant, l'autre est la mère biologique. Comment alors choisir ? Si les femmes répondent de la même façon que dans la version originale du jugement, il est raisonnable d'attribuer l'enfant à la femme qui refuse que ce dernier soit coupé en deux. Si aucune des femmes ne souhaite en arriver

²⁶²⁶ On parle d'effet Tocqueville pour rendre compte d'une telle situation : plus un phénomène tend à disparaître, plus ses résurgences semblent intolérables.

²⁶²⁷ Le monde est en effet incertain tant que nous n'avons pas forgé des outils pour en rendre compte. L'objet de la science est de réduire les incertitudes du monde afin d'en avoir l'illusion de la maîtrise.

²⁶²⁸ De même, la mesure des très petits objets ne peut plus se faire avec un microscope « normal » ou même un microscope électronique. Elle se fait en projetant de la lumière sur l'objet et en analysant les rayons réfléchis. L'objet n'est jamais directement perçu, il n'est que reflété.

²⁶²⁹ Au niveau profond, ces considérations ont une part de multidimensionnalité car le sens des catégories juridiques reste largement à construire. La spécificité du jugement à travers l'utilisation de règles de justifications sera analysée par la suite. Nous nous intéressons ici surtout au processus de décision. L'insertion de règles brouille la question de la décision en permettant de distinguer le processus de décision et le processus de justification.

²⁶³⁰ En effet cette rationalisation nous fait perdre quelque chose. Réduire les émotions à des considérations économiques est possible avec les approches évolutionnaires mais ne permet pas de bien saisir ce que sont les émotions en pratique. De même, le sentiment de justice tend à disparaître lorsqu'il est désenchanté.

à cette extrémité, qu'est-ce qui pourra constituer une décision raisonnable ? Comment peser les différentes prétentions ?

La question de la multidimensionalité pose nécessairement le problème du « sens » du droit²⁶³¹ (le droit est alors lui-même perçu comme un point de vue qui se fonde sur des points de vue). Si celui-ci est un outil de gestion, les arguments (ou les justifications présentées) seront différents d'une approche dans laquelle une idée de justice est présente. La multidimensionnalité est conservée, mais elle est réduite par la théorie du droit sous-jacente à notre approche de la décision. Dans l'approche légaliste, l'espace laissé à l'économie est celui d'une aide à la justification des catégories (ce qui n'exclut pas le multidimensionnel). Dans une approche instrumentale, le droit explicite n'est pas le seul argument mobilisable et des considérations conséquentialistes pourront justifier d'écarter ce droit explicite²⁶³². La tension entre l'analyse économique et l'analyse juridique plus globale a le mérite de bien mettre en évidence l'importance de telles questions.

Le jugement suppose de pouvoir évaluer une situation dont la perspective globale est obscurcie, pour ne pas dire inatteignable (et accepter cette dimension, sans renoncer pour autant à l'explorer, nous semble pouvoir réduire un certain nombre de controverses en refusant tous les dogmatismes, y compris celui-ci). Si un point de vue peut parfaitement – ou au moins de façon satisfaisante – réduire tous les autres, ces autres points de vue ne sont d'aucune « utilité » (mais il est pourtant nécessaire de les envisager un à un pour déterminer s'ils sont réductibles) sauf par commodité rhétorique ou pratique (la théorie de la relativité peut englober l'approche newtonienne mais la logique de la théorie de la relativité est plus difficilement manipulable par le non spécialiste²⁶³³). Si par contre un point de vue ne peut jamais être parfaitement global, les autres points de vue ne peuvent être écartés sans justification (et nous retrouvons la justification à travers le « sens » du droit). Plus encore, s'il existe différents points de vue « légitimes », le calcul est impossible car le calcul demande une unidimensionnalité de perception. La logique sera alors celle de l'appréciation.

Un problème de droit – même dans une acception stricte rejetant la possibilité des arguments externes à l'utilisation des catégories juridiques – nous semble relever de plusieurs dimensions à travers la qualification juridique des faits. *Le problème général ne peut alors être « objectivé » qu'à travers la*

²⁶³¹ Notre prochain paragraphe sera consacré à ces questions.

²⁶³² Voir nos développements sur le pragmatisme de Posner.

²⁶³³ L'utilisation de l'une peut conduire à une approximation des phénomènes. Il faudra alors déterminer le niveau d'approximation acceptable, compte tenu de la plus grande maniabilité de certains outils.

projection de ses dimensions afin de déterminer à la fois la signification de la catégorie mais aussi la possibilité de réduire un fait à une catégorie. Sa forme globale ne pourra pas être décrite « visuellement ». Nous pouvons justifier qu'un individu a été négligent, mais cette justification peut être différente de la perception que nous pouvons avoir de son comportement²⁶³⁴ et de la justification que nous proposerons. Nous pouvons considérer que la place Beauvau est une perspective monumentale, que tel ou tel film a le caractère de film pornographique mais les critères de cette perception ne sont pas parfaitement objectivables car le sens ne se réduit pas aux mots et renvoie à certaines conventions de langage.

Plus encore, gérer la multidimensionnalité a un coût et il est « naturel » de sélectionner, parmi les dimensions possibles, celles dont le poids semble le plus important pour relier un fait à une catégorie juridique. Parfois le droit donnera une « règle » de jugement et les éléments à prendre en compte. Préciser un délai de saisine permet de réduire la question de la légitimité de la prétention : le droit tue dans l'œuf le potentiel contentieux en affichant une règle. Nous retrouvons ici la logique de la règle et du standard. De même, le droit, lorsqu'il précise les conditions de validité d'un acte pose des éléments auxquels il faudra se référer. Il limite donc (même si l'interprétation ne fait pas disparaître l'ensemble des problèmes) les difficultés liées au jugement de tel ou tel contentieux : il existe déjà un accord sur le cadre général permettant de le résoudre (il existe une réduction de la diversité pour la multidimensionnalité). Par exemple, le Conseil constitutionnel précise qu'il « *n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »²⁶³⁵. Le Conseil limite par la même les arguments qu'il sera susceptible de prendre en compte pour la justification de ses décisions, même si le flou relatif à l'idée de « manifestement inappropriées » permet de lui laisser des marges de manœuvres pour son action.

Nous rejetons la logique de la décision optimale en la matière en raison de son artificialité. Le choix ne dépend pas d'un calcul mais de considérations pratiques et surtout d'une expérience. Ce choix n'est pas rationnel mais simplement satisfaisant ou raisonnable (*infra*). Il est justifiable (*ex post*) sans être démontrable.

²⁶³⁴ Cette distinction entre la perception du phénomène à travers les différents points d'observation et la justification du choix final nous semble définitionnelle du raisonnement juridique dans l'approche française puisque les différentes considérations sont rarement mises en évidence.

²⁶³⁵ Conseil constitutionnel, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, 27 juillet 2000, 2000-433 DC, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2000/2000-433-dc/decision-n-2000-433-dc-du-27-juillet-2000.452.html>

B. Le jugement comme recherche du raisonnable

Si nous ne pouvons plus « savoir » en démontrant mathématiquement, si nous ne pouvons pas agir avec certitude, en raison de la nature même du problème, il faut se contenter d'une décision qui n'est pas précise pour l'épistémologie scientifique traditionnelle (et il ne faut pas refuser d'agir). Cette dernière contiendrait une part d'arbitraire puisqu'elle ne peut pas se démontrer. Elle suppose de faire des choix « non scientifiques » en se fiant à l'intuition et à son dialogue avec l'analyse (dialogue d'où proviendrait le jugement). L'individu agit ou décide sans véritablement comprendre les raisons de ses actions (qu'il ne pense d'ailleurs pas) et, assez régulièrement, il n'est pas gêné par cela. Deux choix s'ouvrent alors : le choix de Dworkin selon lequel il n'existe qu'une seule bonne solution²⁶³⁶ (et donc un système de déduction), et le choix de Ross pour qui évoquer l'idée de justice n'est rien d'autre que palabrer²⁶³⁷. Ces deux perspectives ne me semblent pas correspondre à l'expérience réelle du jugement : le juge ne sait pas ce qu'il fait mais il sait qu'il ne fait pas n'importe quoi.

Ces deux conceptions s'ancrent dans une épistémologie spécifique – à laquelle adhèrent une grande partie des praticiens de l'analyse économique du droit – qui ne reconnaît pas la différence entre la rationalité scientifique et la rationalité pratique (mais aussi esthétique)²⁶³⁸, entre le rationnel et le raisonnable²⁶³⁹. Le rôle de l'intuition et du savoir faire indicible est naturellement considéré comme suspect (soit il est vrai et on peut le démontrer, soit il est ambigu et nous ne faisons que palabrer) alors qu'ils nous semblent être au centre des capacités de cognition humaine et de jugement. *Le raisonnable n'est pas démontrable, ni même unique, mais il n'est pas totalement arbitraire dans une société donnée*, même s'il renvoie à la possibilité de choix « éthiques » (il n'est arbitraire que relativement à une épistémologie qui ne peut pas se justifier de façon « neutre »²⁶⁴⁰). Ce jugement ne vise pas « la démontrabilité » mais le caractère raisonnable de ses propositions. Il existe une

²⁶³⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, Harvard University Press, Cambridge, 392 pages, p 290

²⁶³⁷ Par exemple Alf Ross, *On Law and Justice*, 1959, University of California Press, Berkeley, 383 pages

²⁶³⁸ Pour une introduction avancée à ces questions, voir Terence Marshall, *A la Recherche de l'Humanité*, op cit, spécifiquement l'introduction (pour un recadrage épistémologique) et le chapitre sur Rousseau. Voir aussi Alasdair MacIntyre, *Quelle Justice ? Quelle Rationalité ?*, [1988] 1993, PUF, Paris, 440 pages (pour des considérations historiques sur la justification rationnelle ; la problématique est formulée p 2 : « Sur quels critères fonder notre choix entre les prétentions de conceptions de la justice rivales et incompatibles qui se disputent notre allégeance morale, sociale et politique ? »).

²⁶³⁹ Le raisonnable ne vise pas seulement l'idée d'agir pour des raisons. Il touche à l'idée de l'action pour de *bonnes* raisons.

²⁶⁴⁰ En quoi pouvons-nous affirmer que cette épistémologie est « la bonne » ? Elle correspond, elle aussi, à une certaine vision qui ne peut s'observer de « haut » lorsqu'elle se referme sur elle-même. Les propositions épistémologiques ne peuvent pas se justifier à partir des considérations qu'elles construisent. Il est alors possible de supposer l'existence de quelque chose qui « dépasse » ces considérations pour les rendre possibles et acceptables, sans pour autant qu'elles soient démontrables.

dimension argumentative dans le raisonnable qui n'existe pas dans le rationnel. Le rationnel est rationnel, le raisonnable est discutable. Il ne peut qu'essayer de se justifier de façon non formelle même si ce qui fait la raisonnable d'une proposition est indicible (1).

En raisonnant à partir de son code, l'analyse économique du droit ne peut atteindre le raisonnable qu'elle cherchera à décomposer à travers une logique de coûts et de bénéfices (et c'est ce que tente de faire Posner à travers l'idée de pragmatisme). Cette décomposition ne peut malheureusement pas se faire sans « coût » et vise plus la rationalisation *ex post* que la décision *ex ante*. Cette tentative peut nous informer sur ce que pourrait représenter le raisonnable mais ne nous semble pas pouvoir en saisir la raison d'être. L'analyse économique du droit ne peut donc pas rendre compte de certains aspects du jugement de façon « raisonnable ».

Le raisonnable se définit, à notre avis par une attitude. Si l'idée de « bon caractère » du *phronimos* aristotélicien est implicite, le raisonnable nous semble aller au-delà. Il s'agit d'un positionnement, d'un questionnement de « bonne foi » (2). Cette caractéristique est difficilement traduisible dans les cadres de l'épistémologie scientifique traditionnelle et apparaît largement suspecte. Pour peu que nous fassions un effort de décentrement pour essayer d'en saisir « un sens » (et notamment le caractère non nécessaire des résultats), elle favorise, à notre avis, l'éducation de notre intuition et la perception du rôle de l'approche économique dans les procédures de jugement et dans l'appréhension des phénomènes juridiques.

Les deux subdivisions retenues se rejoignent puisque chacune tente de déterminer un possible critère. Néanmoins, la première partie se veut plus centrée sur une approche rationaliste du raisonnable (nous essaierons de l'objectiver) alors que la seconde essaye de sortir du cadre de réflexion traditionnel (il s'agira de faire « sentir » le critère). Cette dernière attitude ne peut pas être « saisie » à l'aide des conceptualisations économiques (sans pourtant y être totalement étrangère).

1. L'impossible critère du raisonnable

Lors de nos développements sur l'approche pragmatique, nous avons indiqué que Posner sent la nécessité de sortir du rationnel²⁶⁴¹. Il n'existe aucun algorithme permettant de déterminer « *the right balance between rule of law and case specific consequences, continuity and creativity, long term and short term, systemic and particular, rule and standard* »²⁶⁴². Cette représentation est insatisfaisante dans le

²⁶⁴¹ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 65

²⁶⁴² Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, p 64

cadre d'une épistémologie scientifique puisque nous avons toute liberté pour déterminer ce qui constitue la « juste balance » entre ces différentes considérations. Pourtant, en touchant l'idée du raisonnable et en pointant vers une solution, il met en évidence une limite fondamentale de l'analyse économique du droit et donc une caractéristique de la perception du jugement en droit. *Si l'analyse économique du droit ne peut justifier sa validité à partir d'elle-même, elle reste assujettie à une conception du raisonnable qu'elle n'arrive pas à expliciter. Le dogmatisme économique est donc rejeté.*

Nous montrerons ici qu'il est impossible de rationaliser le raisonnable, de déterminer des critères permettant de dégager une proposition raisonnable. Il est simplement possible de donner une idée de ce qu'est le raisonnable ou des paramètres entrant en ligne de compte pour « évaluer » ce caractère. Nous essaierons d'aller au-delà de l'idée de raisonnable comme action respectant un tissu de contraintes car, en la matière, les contraintes ne sont pas explicites.

Tout d'abord *le raisonnable est une caractéristique de la procédure conduisant à la décision et non une caractéristique de la décision.* Pour qu'elle puisse être une caractéristique de la décision, il faudrait que la décision soit calculable. Nous avons montré dans la précédente division que le calcul est impossible (à l'heure actuelle) en matière de jugement à la fois en raison de l'incertitude et de la multidimensionnalité des problèmes juridiques. L'analyse économique du droit ne peut donc pas bien saisir le raisonnable, ou ne peut le saisir qu'artificiellement. Nous retrouvons le problème de la rationalisation de l'information limitée et son paradoxe. Du point de vue de la cognition, il doit exister un mécanisme permettant de réaliser ces choix. Ce mécanisme ne semble pas se réduire à un calcul d'optimisation. Il est une capacité d'identification qui limite la portée des préférences individuelles. Noëlle Lenoir écrit ainsi que : « *L'indépendance, comme l'honnêteté intellectuelle, est une condition de la légitimité morale de la fonction. C'est une exigence qu'il faut cultiver en permanence. Sans avoir établi de statistiques, je peux indiquer qu'il m'est arrivé souvent de me prononcer dans un sens différent de ce que j'aurais fait si j'avais été parlementaire, abstraction faite de la discipline de parti* »²⁶⁴³. La décision prise ne doit pas pouvoir être considérée comme politique ou être le produit direct des préférences individuelles des juges (en France tout du moins). Ce ressenti est clairement en opposition avec l'approche économique de la décision des juges.

Si le raisonnable n'est pas une caractéristique de la décision, l'adjectif raisonnable peut être appliqué à plusieurs solutions envisagées pour résoudre un problème juridique (les solutions avancées par Créon et par Antigone sont alors toutes les deux raisonnables d'un certain point de vue). Il est possible de considérer, lorsque nous avons une vision jusnaturaliste du problème que

²⁶⁴³ Noëlle Lenoir, Le Métier de Juge Constitutionnel, Entretien avec Noëlle Lenoir, 2001, *Le Débat*, n°114, pp 178-192. La dimension procédurale est ici assez claire.

la solution est en fait unique (si les deux solutions semblent raisonnables, Créon ou Antigone a « raison »). Sans prendre position, même si le problème a une solution raisonnable unique (qui dépend alors d'une hiérarchie cohérente des valeurs, d'où la logique des principes dworkiniens), il est impossible de la déterminer car les critères permettant d'évaluer si une décision est raisonnable sont beaucoup trop abstraits (et ne sont d'ailleurs que des rationalisations *ex post* de décisions déjà prises) et eux-mêmes soumis à discussion. Cette idée de raisonnable se rapproche de l'idée du droit à un procès équitable (elle-même extrêmement floue)²⁶⁴⁴ : elle ne préjuge pas de la solution et n'est qu'une contrainte de procédure.

Le raisonnable est nécessairement contingent, même s'il contient une part « d'universel » (sans quoi il ne pourrait pas être qualifié de raisonnable). Il ne s'agit pas de l'évaluer en fonction de vues préconstruites mais après une évaluation « neutre » de la situation. Le dogmatisme n'est donc pas raisonnable si seule la position dogmatique est envisagée. L'application de critères ayant donné de bons résultats dans une situation pourra ne pas être raisonnable dans une autre situation sans plus d'analyses. L'explicitation des règles juridiques vise à réduire l'incertitude relative aux paramètres qui seront pris en compte par le juge. Les règles sont des justifications procédurales du raisonnable (elles ne permettent pas de le déterminer mais facilitent la justification de la décision comme décision raisonnable), lorsque leur interprétation reste dans la limite du raisonnable, c'est-à-dire respecte les conventions de sens dont les contours sont flous. Cette dimension sera explicitée davantage dans notre prochain paragraphe.

Le raisonnable conduit nécessairement à des solutions moins prédictibles que le rationnel. En effet, pour le rationnel, qu'importe la procédure, pourvue que la solution soit « la bonne ». Pour le raisonnable, la procédure a une influence sur la solution (ou plus précisément son évaluation) et un problème qui semble similaire pourra obtenir des solutions différentes selon la procédure. Par ailleurs, le raisonnable conduit à dégager des exceptions (relativement à une conception trop stricte du jugement comme « respect » des règles)²⁶⁴⁵.

Ceci ne signifie pas que le raisonnable n'est pas cohérent mais que la cohérence doit être recherchée à un niveau plus profond. Le raisonnable permet d'identifier le spécifique comme spécifique, même s'il n'existe pas une méthode consciemment suivie permettant de dégager ces caractéristiques.

²⁶⁴⁴ Cette idée se retrouve notamment dans le fameux article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Nous ne reviendrons pas ici sur le détail de cet article. Signalons simplement que les termes employés sont extrêmement flous.

²⁶⁴⁵ La possibilité d'exceptions, et donc du raisonnable, est une nécessité sociale (par exemple, Herbert Hart, *The Concept of Law*, op cit, pp 128-129. Hart utilise explicitement le terme de raisonnable

Au mieux le raisonnable permettra un bornage de la solution. La question de la raisonnabilité d'un mandat présidentiel de 150 ans ou de 3 jours ne prête pas, à l'heure actuelle, à discussion. Par contre, un mandat entre 2 et 10 ans peut davantage ouvrir la voie à des discussions. Ce bornage provient soit de critères objectifs (la durée de vie du président ; temps nécessaire pour réaliser un scrutin), soit de critères plus culturels (un mandat de 10 ans peut sembler trop long en raison d'une perception partagée).

Les critères du jugement (au sens de « bon » jugement) peuvent apparaître dans l'iconographie de la « justice ». De Maât à Thémis, l'ordre et la justice sont représentés à l'aide d'une balance. Il s'agit métaphoriquement de peser les paramètres d'une situation donnée afin de pouvoir « trancher ». *Il semble que l'analyse économique du droit n'ait pas perçu la métaphore et qu'elle prenne l'image de la balance au sérieux en transformant une analyse « pour » - « contre » en une analyse « coûts » - « bénéfices ».* Les éléments qui entrent en ligne de compte pour « évaluer » le caractère raisonnable d'un jugement sont calqués sur une épistémologie scientifique qui ne tient pas compte de la spécificité du jugement et du caractère métaphorique des représentations.

*Le raisonnable est un concept à contenu variable*²⁶⁴⁶. Pour cette raison, les critères du raisonnable ne sont pas parfaitement explicites. Ceci signifie pourtant qu'il existe quelque chose de stable dans l'appréciation d'une situation pour que celle-ci puisse être qualifiée de raisonnable et qu'il existe une capacité cognitive permettant d'identifier ce caractère.

Le raisonnable suppose, premièrement, d'envisager la situation dans son ensemble (ou du moins dans ses dimensions fondamentales... même si rien n'indique comment les déterminer) et donc de ne pas restreindre arbitrairement notre perception des événements. Nous retrouvons des critères comme « l'objectivité » : la situation ne doit pas être définie à partir de ce que nous voulons en faire mais à partir de ce qu'elle est. Ceci implique de ne pas l'observer sous un angle unique ou avec un point de vue unique (car ce qu'elle est n'est qu'un produit de représentations) et donc une certaine éducation²⁶⁴⁷. Le raisonnable est, pour partie, ancré dans le social (car l'éducation est nécessairement historiquement située et vise un « formatage » des esprits). Il ne serait cependant pas raisonnable d'envisager l'ensemble des points de vue en toutes circonstances car, intuitivement, certaines caractéristiques ne semblent pas pertinentes (ce qui suppose alors un

²⁶⁴⁶ Sur cette idée, voir notamment Neil MacCormick, *On Reasonableness*, in Chaim Perelman et Raymond Van Der Elst, *Les Notions à Contenu Variable en Droit*, 1998, Bruylant, Bruxelles, 377 pages, pp 131-156.

²⁶⁴⁷ Ce thème est d'ailleurs central dans la conception aristotélicienne (*infra*). Il est aussi possible de retrouver le même genre d'idée chez Rousseau : l'éducation vise à transformer l'individu en citoyen.

jugement sur les critères du jugement et, une nouvelle fois, le rôle de l'éducation mais aussi de l'expérience)²⁶⁴⁸. Plus simplement, le raisonnable demande une diversification des points de vue pour espérer avoir une perception la moins déformée possible (même si l'idée de déformation suppose un objet pur pourtant inatteignable²⁶⁴⁹).

Nous retrouvons une justification du principe du contradictoire. Ce principe permet au juge de disposer de différents points de vue afin de se construire une conception plus « objective » des choses.

Afin qu'une analyse « objective » puisse être menée, il est nécessaire de disposer de suffisamment de temps. Ceci ne signifie pas que la qualité de la décision soit proportionnelle au temps consacré à son étude (en raison du principe des rendements décroissants²⁶⁵⁰) ou au nombre de paramètres susceptibles d'être pris en compte. Nous souhaitons simplement mettre en évidence que la décision prise dans un contexte de stress fera agir beaucoup plus les heuristiques, l'émotion et l'intuition que l'analyse. Le jugement « raisonnable » suppose néanmoins un certain dialogue entre l'intuition et l'analyse car il doit être justifié.

Par le biais de l'intuition, les dimensions culturelles et sociales pourront entrer en ligne de compte. Si le choix ne se fait pas sur des critères totalement objectifs, des valeurs entreront en ligne de compte et si les valeurs sont socialisées, elles ne seront plus perçues comme valeurs. L'idée d'une dimension morale du jugement peut alors s'expliquer. MacCormick affirme ainsi que : « *la vérité est que notre vie morale comme notre vie légale, dispose d'un environnement social nécessaire qui nous donne la base des règles et des principes d'action nous permettant de faire face à des circonstances nouvelles et difficiles* »²⁶⁵¹.

Par le biais de l'analyse, la réaction instinctive pourra être examinée et justifiée de façon plus explicite. Il est cependant impossible de déterminer précisément à partir de « quand » ce dialogue sera suffisant (ou satisfaisant) et nous restons fondamentalement dans l'incertitude.

Si les conditions sont réunies pour la sélection des éléments se posera le problème de leur agrégation. Le raisonnable implique de déterminer un juste milieu qui n'est pas calculable ni démontrable (et peut-être encore moins explicitable). Il relève de la perception. Des caractéristiques procédurales entreront en ligne de compte. Nous n'en signalerons qu'une :

²⁶⁴⁸ Par exemple, dans un procès pénal, l'hypnose ne sera pas systématiquement invoquée (alors qu'un raisonnement mécanique conduirait à l'utiliser systématiquement).

²⁶⁴⁹ La fonction informative des règles juridiques peut alors réapparaître (*infra*).

²⁶⁵⁰ Il faut laisser murir une décision et non attendre qu'elle commence à pourrir.

²⁶⁵¹ Neil MacCormick, *Raisonnement Juridique et Théorie du Droit*, op cit, p 146

l'agrégation devrait se faire en toute impartialité (Thémis est souvent représentée avec les yeux bandés). L'adage selon lequel on ne peut pas être à la fois juge et partie, traduit cette conception. Cette définition n'est cependant pas très « claire ». Il suffit de penser à la célèbre affaire Procola contre Luxembourg²⁶⁵² et aux réactions du Conseil d'Etat français²⁶⁵³ face au principe de double affectation des membres des hautes juridictions administratives.

Aucun indice ne nous permet de déterminer une méthode d'agrégation claire. Comme l'indique Posner, tout ce que nous savons, c'est qu'il faut tenir compte du court terme, du long terme, des dimensions systémiques et des caractéristiques spécifiques des cas, etc... Nous jugeons donc en fonction de configurations (d'une *gesalt*) et non de critères séquentiels.

Cette agrégation conduira à une solution qui, si elle apparaît insatisfaisante, pourra conduire à un nouveau cycle de dialogue entre l'intuition et l'analyse. *Le raisonnable apparaît comme une demande de réflexivité sur nos propres pratiques.* Cette réflexivité nécessite une explicitation des fondements de la connaissance des différentes disciplines (et c'est à ce niveau là que notre thèse tente de se situer).

Il est inutile de préciser plus avant les conceptions qui peuvent entrer en ligne de compte dans l'évaluation et la détermination du raisonnable, elles ne permettent que de l'expliciter. En effet, *ces termes sont largement creux du point de vue de l'épistémologie scientifique.* Etre objectif, impartial, avoir suffisamment de temps sont des critères qui ne sont pas quantifiables avec précision, surtout lorsque nous reconnaissons la contingence de la signification de ces paramètres. Il s'agit de vœux pieux dont le respect est délicat à déterminer malgré la relative convention de sens qui peut exister (en raison du langage). Il serait possible de considérer qu'est raisonnable ce qui n'est pas une erreur grossière (une erreur manifeste d'appréciation pour reprendre le vocabulaire juridique) ou simplement une erreur. Néanmoins pouvoir déceler l'erreur suppose de « connaître » le raisonnable ou au moins d'en sentir les contours et de tels qualificatifs ne donnent pas de méthode pour identifier en quoi il s'agit d'une erreur.

Pire encore, ces conceptions évoluent dans le temps et parfois même dans l'espace. Avancer un argument religieux pouvait être un argument raisonnable dans la Rome antique (il suffit de penser à la recherche des signes indiquant que les dieux s'expriment). Un tel argument n'aurait pas nécessairement le même statut aujourd'hui (les décisions ne se prennent pas en fonction d'une interprétation du vol des oiseaux ou de cris de poules).

²⁶⁵² CEDH, Procola c. Luxembourg, 28 septembre 1995, requête n°14570/89

²⁶⁵³ Conseil d'Etat, section, Syndicat des Avocats de France, 5 avril 1996, recueil p 118

De même, *l'objectivité se définit à partir de ce que nous considérons comme des connaissances*. Les connaissances évoluant, ce qui fait l'objectivité d'une approche varie. L'analyse économique s'inscrit dans la logique positiviste et empiriste caractéristique de ce que certains appellent la modernité. Est raisonnable un jugement qui s'appuie sur des faits plutôt que sur des idéologies. Le problème reste que les faits ne sont pas neutres et que toute perception étant déjà théorie, l'idéologie ne peut disparaître des considérations en matière de jugement. Elle n'est pas perçue comme une idéologie car il s'agit de l'idéologie dominante. Le passage au postmodernisme ne correspond pas à l'entrée dans le chaos mais à une évolution de la perception.

Enfin les non-dits de la décision ne sont pas à négliger. La culture, les valeurs, les traditions, etc. entrent dans l'appréciation de ce qui est ou n'est pas raisonnable à travers les connotations des termes utilisés. Une même interprétation d'une règle peut être raisonnable à un moment donné et ne plus l'être à un autre car les connotations des mots ont changé avec l'évolution de la perception (ce qui explique que la formulation d'un texte peut rester la même alors que son sens est radicalement différent du sens originel). *En refusant de tenir compte de la perception du sens, ou en ne tenant compte que d'une vision déjà socialement construite, l'analyse économique du droit se prive d'une réelle réflexion sur le raisonnable qu'elle est cependant obligée de prendre en compte* (à la fois dans l'identification des éléments pertinents, dans leur évaluation, et dans leur agrégation).

Une dernière remarque doit être faite concernant le raisonnable. Le raisonnable peut toucher l'évaluation de la procédure ou l'évaluation des justifications proposées. Cette différence est particulièrement importante : il est possible d'afficher l'idée de raisonnable sans pour autant la chercher (et il s'agit d'une des grandes difficultés d'une philosophie du soupçon : l'homo economicus n'est pas un homme raisonnable, c'est un homme d'intérêt. L'homme réel ne semble pas exclusivement guidé par ses intérêts, au moins dans une perspective psychologique). Les éléments que nous avons présentés ici visent à expliciter le jugement du point de vue de la personne qui juge (« de bonne foi »).

De même, le raisonnable dépend aussi du réseau de contraintes dans lequel le juge est inséré. Afin de ne pas brouiller notre argumentation ce paramètre a été négligé ; il ne fait qu'ajouter une dimension pour évaluer ce qui constitue le raisonnable. Il renforce la difficulté pour déterminer ce qui est raisonnable *ex ante*. Pourtant, ces contraintes peuvent se justifier du point de vue pratique : *comme rien ne garantit que les individus qui décident fassent naturellement usage de ces paramètres, les forcer à les respecter est une condition minimale permettant d'accepter le caractère raisonnable des décisions*. Ce critère est défini socialement : ce sont les instances de contrôle de l'action du jugement qui définissent ce qu'est le « bon jugement ». Nous restons donc dans la logique du pire même si

l'internalisation par le juge de son rôle demande à aller au-delà pour saisir les processus mis en œuvre.

Le critère du raisonnable est un critère impossible si nous cherchons dans celui-ci une « recette » permettant de dériver une solution. Du point de vue de l'épistémologie scientifique, il constitue un terme creux, un terme strictement rhétorique. Nous ne pouvons pas affirmer, systématiquement, que tel ou tel jugement est ou n'est pas raisonnable lorsqu'il reste dans certaines limites. Il s'agit d'examiner ce qui entre en ligne de compte pour qualifier un jugement de raisonnable. Nous ne faisons que rationaliser une intuition dont la logique profonde reste intouchable (car holistique). Cette incertitude, loin d'être problématique, peut former une solution si nous sortons de la rationalité scientifique. *Le raisonnable n'est plus une qualification mais un questionnement, une attitude face à un problème.*

2. Le raisonnable comme questionnement « de bonne foi »

Dans son *Ethique à Nicomaque*, Aristote considère que le raisonnable est lié au caractère de l'individu. Contrairement à un problème mathématique où le caractère n'a aucune incidence sur la résolution, le jugement pratique demande des qualités de caractère spécifiques. Le raisonnable ne dépend plus simplement des critères à prendre en compte dans la prise de décision mais aussi de la personne qui prend la décision. Ce faisant, les critères s'effacent derrière l'attitude. Nous retrouvons ici les critères « non spécifiques » visant à favoriser l'intégration par le juge de son rôle. Ceci nous renvoie à une conception du raisonnable. *Le raisonnable semble « émerger » du social et non s'imposer directement à lui. Il est une construction.* Certains éléments de caractère sont en principe pertinents.

Il faut ainsi ne pas être immature car un tel individu « *n'a aucune expérience des choses de la vie, qui sont pourtant le point de départ et l'objet des raisonnements* »²⁶⁵⁴. Les « sages » sont, dans la plupart des cultures, des personnes relativement âgées (même si pour Aristote, l'âge n'est pas un critère déterminant). *Le raisonnable ne s'apprend donc pas théoriquement, mais pratiquement* : il se vit ou se ressent. Il est possible de décrire la chapelle Sixtine ou d'en voir des photographies, mais la voir apporte une connaissance toute différente car l'expérience est vécue. Idéalement, il existe la même différence entre étudier un livre relatif au jugement et sentir l'indicible dans le jugement. L'expérience non théorisée ne conduit pas à la possibilité de réflexivité mais peut engendrer un « savoir faire » permettant de dégager des solutions raisonnables.

²⁶⁵⁴ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op cit, p 39, 1095a 3-4

De même, l'individu doit être *bien* éduqué. Cette éducation permet à l'individu de ne plus agir uniquement en fonction des passions²⁶⁵⁵ ou des humeurs du moment. Il peut devenir raisonnable car il comprend la situation dans laquelle il se trouve. Chez Aristote, cette éducation est une éducation pratique qui demande un amour de la sagesse. L'éducation pratique signifie qu'une part de l'éducation est indicible. Nous ne pouvons pas, par exemple, expliquer l'ensemble des critères permettant de faire une bonne dissertation, ou si nous pouvons les expliciter, ils ne peuvent être compris que par une réalisation. Il est possible d'expliquer ce qu'est un bon jugement mais seule la pratique permettra de le sentir²⁶⁵⁶ ; une fois que la pratique est saisie, la réflexivité conduira à essayer d'identifier ce qui fait que ceci apparaît raisonnable.

En distordant un peu sa pensée, l'éducation fait entrer une composante sociale dans le raisonnable. Cette dimension sociale est reconnue par les juristes « modernes ». La référence de Holmes aux nécessités de notre temps²⁶⁵⁷, ou l'appel de Posner au respect des consensus relatifs aux valeurs²⁶⁵⁸, vont dans ce sens. Hayek considère lui aussi que les valeurs morales, qui entrent dans le concept du raisonnable, appartiennent à un « *process of unconscious self-organization of a structure or pattern* »²⁶⁵⁹.

L'éducation permet de favoriser l'apparition de l'esprit de modération, seul à même de « bien juger ». Si nous invoquons la bonne éducation, il est difficile de la définir et se contenter de dire que la bonne éducation permet de saisir le « bien » est circulaire. Par contre, rien n'empêche de considérer que le « bien » est lui-même défini par l'éducation et donc par la situation sociale. Celle-ci véhicule en effet des valeurs et vise à agir directement sur les préférences des individus. Elle favorise la possibilité d'un consensus sur ce qui est raisonnable, même en matière de valeurs (assez peu de personnes considèrent que les libertés individuelles ne sont pas « importantes », peut-être car leur contenu reste trop flou). Cette version est une version faible car elle rejette l'idée d'un bien « par nature ». Ce n'est évidemment pas la position d'Aristote.

²⁶⁵⁵ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, op cit, p 524, 1179b 26-27 : « Car l'homme qui vit sous l'empire de la passion ne saurait écouter un raisonnement qui cherche à le détourner de son vice, et ne le comprendrait même pas ».

²⁶⁵⁶ Ce qui explique que pour un américain, le fait que le juge français passe simplement par une école est assez difficile à comprendre.

²⁶⁵⁷ Oliver Holmes, *Common Law*, op cit, p 1

²⁶⁵⁸ Richard Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, op cit, pp 65-66 (discussion sur l'inceste). L'auteur n'est cependant pas clair sur les raisons de cette prise en compte. Plus précisément, que peut vouloir dire que cette considération est une considération pragmatique ? Il semble, malgré les arguments avancés par l'auteur, qu'il faille aller au-delà d'une justification en termes de coûts et de bénéfices. De ce point de vue, l'argumentation de Posner est bien différente de celle de Holmes.

²⁶⁵⁹ Friedrich Hayek, *The Fatal Conceit*, op cit, p 9-10.

De façon plus intéressante, *la vertu de prudence caractérise le jugement pratique*. Il faut rechercher et donc se questionner « de bonne foi »²⁶⁶⁰. Le critère du raisonnable est donc un critère « négatif ».

Ce questionnement suppose tout d'abord d'être capable d'identifier les questions mais surtout de les comprendre et de saisir qu'il n'existe pas de réponse définitive. *Le raisonnable est une recherche plus qu'un point d'arrivée et il est impossible d'aller au-delà*. Rechercher le raisonnable conduit à s'interroger sur nos prémisses, les cadres de nos analyses, leurs valeurs, leurs raisons d'être, etc. ; il faut vouloir délibérer et donc savoir qu'on ne « sait » pas, et qu'on ne peut pas savoir de façon absolue²⁶⁶¹. Il faut prendre conscience que nous raisonnons à partir de cadres conceptuels qui ne sont pas neutres et essayer d'explicitier, au maximum, les valeurs qui nous animent. Cette simple conscience et la volonté de la dépasser en s'interrogeant à la fois sur les moyens et sur les fins conduisent à favoriser la survenance d'une décision raisonnable, même si elles obligent à faire un effort pour sortir du cadre proposé par l'épistémologie scientifique traditionnelle.

Ces considérations normatives ne sont pas « précises » mais elles nous semblent aider à la compréhension du processus de jugement et d'évaluation des arguments présentés. *Il existe dans le jugement juridique ou dans le jugement d'un modèle économique, une dimension qui dépasse le dicible et qui est de l'ordre de la perception*. Cette perception n'est pas totalement arbitraire. Nous sentons bien que les modèles visant à réconcilier la logique économique et le vote (ou d'autres phénomènes qui ne semblent pas relever de la logique strictement économique) ne sont pas satisfaisants, que l'explication qu'ils procurent vise davantage à protéger le modèle qu'à expliquer l'objet de leur étude. De même, nous comprenons que l'application mécanique du droit ne constitue pas une option raisonnable car la détermination *ex ante* de l'ensemble des possibilités est impossible et que le droit se doit de tenir compte du contingent. Nous percevons aussi l'intérêt des logiques présentées et des outils forgés sans pouvoir réellement préciser leur fonction ou leur influence dans notre perception. Il reste cependant difficile d'aller au-delà du sentiment et d'explicitier parfaitement les « raisons » précises qui nous conduisent à porter tel ou tel jugement car ce sont moins les raisons individuelles qui ont une influence que leur combinaison.

L'analyse économique ne nous semble pas pouvoir rendre compte de la totalité du processus de jugement car elle ne peut pas comprendre la qualification du jugement comme jugement raisonnable. Elle peut essayer de saisir ce que peut signifier cette raisonnable mais elle se trouve dans l'impossibilité d'explicitier, dans son code, la signification de ce terme dont elle a pourtant

²⁶⁶⁰ Nous quittons ici Aristote qui lie la prudence à l'amour de la sagesse même si nous continuons à suivre sa logique.

²⁶⁶¹ La méthode socratique du questionnement ininterrompu nous semble la mieux correspondre à l'idée de connaissance.

besoin pour fonctionner (il faut juger de la pertinence des critères, de la pertinence d'un modèle par rapport aux faits, etc...). L'analyse économique n'est donc pas tout le droit, ce qui ne signifie pas que le droit ne tient pas compte (et ne doit pas tenir compte) de l'économie.

§2. La difficile identification de la place des considérations économiques dans le raisonnement juridique

Après cette digression nécessaire sur la signification du jugement (de notre point de vue) et la représentation du *bon* jugement (et donc des limites théoriques de l'analyse économique du droit), nous pouvons nous interroger sur la place pratique des considérations économiques dans le raisonnement juridique, en réutilisant certaines des considérations théoriques déjà mentionnées. En effet, s'interroger sur la place de l'analyse économique du droit revient à s'intéresser au caractère raisonnable de l'utilisation des outils économiques pour aborder les phénomènes juridiques (ou les constituer).

L'analyse économique du droit se pense comme une construction ayant des implications pratiques. Il apparaît évident, dès maintenant, que celle-ci ne peut se positionner comme fondement du raisonnement juridique, car l'analyse économique ne peut pas être autonome (elle demande un jugement des éléments pertinents de la situation et des valeurs à prendre en compte avant de pouvoir se déployer). Il s'agit d'identifier ici, ou plus précisément de poser la question, de la force relative des considérations économiques dans le raisonnement juridique, même si cette question n'a pas de « réponse » précise.

A ce stade, il s'agit de distinguer deux niveaux du raisonnement. Le premier est celui de la détermination de la décision (A). L'analyse économique du droit se pense, pour une partie au moins, comme un élément permettant de sélectionner une solution « raisonnable ». Le second est celui de la justification (B). Le droit étant une pratique argumentative, la détermination de la décision et sa justification peuvent être logiquement découplées. L'analyse économique peut alors servir à la détermination de la solution mais la pratique langagière masquera cette détermination économique des solutions à l'aide des catégories juridiques. Cette étude conduira aussi à renforcer l'image de l'argumentation juridique comme respect d'un code.

A. La place du raisonnement économique dans la détermination des décisions juridiques

Face à un problème juridique, deux options s'ouvrent pour le résoudre ou l'interpréter. La première consiste à partir des catégories juridiques pour envisager les solutions acceptables. Il s'agira ensuite de choisir entre les différentes solutions acceptables, et l'analyse économique peut avoir un rôle à ce niveau. Si deux solutions sont envisageables, il « faudra » choisir la solution conduisant à la plus grande efficacité (du point de vue de l'analyse économique).

La seconde stratégie est plus profonde. Elle vise à évaluer la situation dans son ensemble, notamment lorsque les catégories juridiques ne semblent pas adaptées pour accomplir cette tâche. Cette stratégie est indispensable si nous considérons que le droit est une structure en évolution. En effet, *le droit, comme l'économie, ne peut sortir de son code sans un regard extérieur sur ses pratiques*. Cette seconde stratégie est plus normative car elle implique un jugement qui dépasse la qualité juridique du raisonnement.

Du point de vue de l'analyse économique du droit, cette stratégie est assez globalement usitée. Il sera possible de « montrer » que le juge semble répondre à des considérations économiques, même si celles-ci n'apparaissent pas explicitement dans son raisonnement. De même, il est possible de mettre au jour la structure économique du droit²⁶⁶². L'idée que la *common law* est elle-même guidée par une logique d'efficacité suit la même ligne d'argumentation. L'interprétation économique du droit suppose, pour être pertinente, que des considérations économiques soient (ou devraient être) effectivement prises en compte lors du processus de décision.

Nous savons que cette possibilité de rationalisation ne signifie pas que tel est effectivement le cas. N'ayant pas accès aux motivations, ces propositions sont indécidables. La dimension normative impliquée par l'économie est certainement un élément normatif important dans nos sociétés avec la montée en puissance de la logique gestionnaire ; réduire les considérations normatives à des considérations économiques semble cependant abusif.

Nous montrerons tout d'abord que, du point de vue de la prise de décision, l'analyse économique constitue une source d'informations (1). Rien ne permet cependant de spécifier la place effective ou normative des considérations économiques dans la prise de décision (2).

²⁶⁶² Par exemple, William Landes et Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, op cit.

1. L'analyse économique, une source d'informations

L'analyse économique du droit est une boîte à outils au service des juges et du législateur afin d'analyser, sous un angle particulier, une situation, les moyens pour y faire face, et les conséquences de ces moyens. Elle constitue un angle d'attaque pour penser les problèmes juridiques. La fonction du droit ne peut pas, en effet, se penser à partir du droit.

Dès lors que cette fonction sert à la décision (et ceci est nécessaire en raison même de la structure des systèmes juridiques), les considérations économiques, mais aussi sociologiques, psychologiques ou historiques, peuvent entrer en ligne de compte. N'oublions pas que Hayek déplore la segmentation des disciplines et que Brandeis considère que la connaissance économique est capitale pour « bien juger ». Ces considérations sont cependant évacuées des considérations juridiques. Pourtant, dès lors que le droit a un impact sur le social, il est nécessaire de sortir du droit pour comprendre son fondement substantiel. Le droit n'est pas une mécanique, il a une dimension pratique, il a besoin de comprendre sa raison d'être pour se déployer.

En schématisant un peu, l'analyse économique du droit met en évidence plusieurs points fondamentaux qui peuvent s'appliquer à l'ensemble des questionnements juridiques.

L'analyse économique du droit insiste tout d'abord sur le problème des incitations. Les individus ne se comportent pas de la même façon selon l'environnement juridique et ils réagiront à ces règles juridiques. Si le droit se pense comme un moyen d'action, il ne peut plus négliger la logique des incitations. Cette considération peut sembler triviale mais oblige à repenser le raisonnement juridique. Celui-ci ne s'oriente plus vers le passé mais vers le futur. Il ne s'agit pas de se demander qui a raison, qui est fautif, qui est la victime, mais de penser les conséquences des solutions retenues au niveau de la société globale. Il est alors nécessaire de disposer de théories qui nous informent sur le comportement des individus. L'analyse économique est une de ces théories.

L'analyse économique nous fournit des outils pour penser ces conséquences²⁶⁶³ mais elle ne peut pas les déterminer avec précision en raison de la structure même du réel et de la schématisation qu'elle propose. Elle ne nous donne donc que des indications abstraites, elle met en évidence des structures possibles et des éléments à prendre en compte. Ainsi l'individu préférera plus à moins, mais rien ne permet – en règle générale – de déterminer, *ex ante* ce qui constitue ce plus et ce moins puisque ceci dépendra de la perception du réel des individus²⁶⁶⁴. Les coûts de transaction

²⁶⁶³ « *When a legal doctrine requires a court to assess consequences, there is often no substitute for economics* » (Stephen Williams, *Limits to Economics as a Norm for Judicial Decision*, op cit, p 41)

²⁶⁶⁴ Ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, en matière d'option par défaut, il est toujours possible de considérer que la modification de l'option est un coût en soi. Dès lors, l'option par défaut doit être l'option considérée comme désirable. Même

auront un impact sur une situation mais rien n'indique comment les identifier et les quantifier avec précision. Les normes sociales auront un impact mais elles restent difficiles à déterminer. La structure de la situation pourra être appréhendée grâce à la théorie des jeux mais le modèle ne s'imposera pas à partir de la structure. *L'analyse économique nous dit donc avant tout quoi observer et quelles questions se poser.* Elle oriente notre perception à la fois de la situation mais aussi des solutions envisageables.

Les outils développés par l'analyse économique nous permettent d'interroger nos propres perceptions et nos théories ; ils évitent ainsi le dogmatisme. Penser la théorie de l'imprévision à partir des considérations économiques met bien en évidence le problème de la gestion de l'incomplétude du contrat en situation d'incertitude. Les positionnements différents du juge administratif et du juge judiciaire sur la question peuvent ainsi se comprendre plus facilement (il existe une divergence entre ce qui constitue une situation d'incertitude et une situation en univers risqué ; il existe une différence dans les conséquences puisque dans le cas des contrats administratifs, c'est toujours une population qui sera touchée). L'analyse économique ruine également l'idée de force obligatoire des contrats en présentant toutes les « obligations » juridiques comme des impératifs hypothétiques. Comme philosophie du soupçon, elle désacralise le droit pour l'insérer dans une dimension strictement humaine et instrumentale ; ce faisant elle facilite la compréhension des règles juridiques en fournissant une indication de leur raison d'être.

L'analyse économique insiste aussi sur la nécessité des arbitrages : comme nous vivons dans un monde de rareté, il est impossible de tout avoir. Penser en termes de coûts et de bénéfices vise justement à mettre en évidence la nécessité des arbitrages. Le bicaméralisme a ses avantages et ses inconvénients, de même que la « séparation » des pouvoirs, la démocratie, la responsabilité pour faute ou la responsabilité sans faute, et tout mécanisme juridique. *Elle nous fait donc bien comprendre que nous vivons dans un monde où toutes les alternatives sont imparfaites et où le droit ne vise pas à tout corriger (et ne le peut d'ailleurs pas).* Nous pouvons par exemple refuser ou du moins limiter le nombre des travailleurs pauvres en fixant un salaire minimum ; cette solution pourra conduire à l'augmentation du nombre de chômeurs. Nous pouvons protéger les salariés en place à l'aide du droit du travail ; le risque est néanmoins d'augmenter la durée du chômage et la possibilité de rentrer sur le marché du travail. Nous ne pouvons pas avoir plus d'Etat et moins d'impôt, plus de

lorsque le coût de modification de l'option est faible, les études empiriques « prouvent » que les effets du choix de l'option par défaut peuvent être radicaux. Nous prendrons ici l'exemple du don d'organes (Eric Johnson et Daniel Goldstein, *Do Defaults Save Lives*, 2003, *Science*, vol 302, pp 1338-1339). Les auteurs montrent que dans les sociétés dans lesquelles l'option par défaut est le don, les donateurs représentent plus de 80% de la population (et même, en principe, plus de 95%). Par contre, dans les sociétés dans lesquelles la règle par défaut est celle du refus de donner, le pourcentage de donateurs ne dépasse pas les 30%.

personnes diplômées et une valeur du diplôme intacte, etc... L'analyse économique du droit met donc en évidence le problème du choix comme choix ayant des conséquences. A travers ces choix, elle pose la question des choix de « valeurs ». Il peut par exemple ne pas être efficient de réduire la durée du travail à 35h, mais il est possible de considérer que c'est un choix de société.

Ces différentes considérations sont générales et il est possible qu'elles ne dérivent que du bon sens. L'analyse économique a cependant le mérite de les formaliser.

L'analyse économique peut aussi informer de façon plus précise, lorsque nous considérons que le domaine juridique relève de l'analyse économique²⁶⁶⁵. Dans ce cas, le droit doit réguler une situation qu'il ne peut pas parfaitement saisir à l'aide de ses outils. Pour la saisir, il doit intégrer une perception économique (et même plusieurs). *Plus encore c'est la perception économique qui met en avant un problème que le droit pourrait réguler.* L'idée de monopole, d'abus de position dominante, etc... sont des concepts issus des réflexions des économistes et juridicisés (*infra*) sans que les différentes conceptions économiques soient bien perçues par les juristes qui s'en tiennent, bien souvent, à une approche néoclassique.

Le droit de la concurrence et les droits économiques ne peuvent pas, par leur définition même, se penser sans référence à l'économie. La montée en puissance des considérations économiques techniques dans les instances de jugement (conseil de la concurrence notamment) et dans l'argumentation en témoigne²⁶⁶⁶. Les formations en droit de la concurrence incluent maintenant des cours de microéconomie et les cabinets d'avocats n'hésitent plus à recruter des personnes issues d'écoles de commerce. De même, évoquer le licenciement économique suppose que le droit connaisse un minimum d'économie pour apprécier si ce licenciement est « justifié » (et étrangement, les cours d'économie sont beaucoup plus rares en droit du travail). Evaluer la situation d'une entreprise en difficulté demande une compréhension de l'environnement économique mais aussi l'identification des inefficiences. Le droit n'est plus parfaitement autonome dans l'interprétation des catégories qu'il construit (*infra*). Le droit fiscal ou les finances publiques sont dans le même cas. Ne pas comprendre l'effet économique de ces règles manque l'objectif.

²⁶⁶⁵ Même si cette identification est délicate, voir nos développements dans le premier chapitre de cette partie.

²⁶⁶⁶ De plus en plus de cabinets d'avocats demandent que les prétendants disposent d'une formation économique afin de bien saisir les demandes de leurs clients.

L'analyse économique reste cependant une vision biaisée puisqu'elle ne peut pas rendre compte de l'ensemble de la réalité (en raison de son pluralisme). Elle ne peut donc qu'informer la prise de décision sans pouvoir se substituer à elle. Elle ne constitue qu'une aide au questionnement du réel. Prise sous cet angle, l'analyse économique est inattaquable ; elle propose une vision du monde sans l'imposer (même si elle dispose de critères techniques d'évaluation des différentes situations). Se pose alors le problème de la puissance relative des arguments économiques dans la prise de décision.

2. L'impossible détermination de la force des considérations économiques dans la prise de décision

a. Sous l'angle descriptif, comme nous n'avons pas accès aux motivations « réelles », il est impossible de déterminer la place effective de l'analyse économique du droit dans la prise de décision juridique. Affirmer que tout se passe comme si le juge raisonnait de façon économique se transforme assez régulièrement en une affirmation de correspondance : le juge raisonne de façon économique. Comme le code économique permet de rationaliser n'importe quelle situation, cette affirmation est nécessairement toujours « vraie ». Il faut donc « interpréter » la situation pour dégager une explication « raisonnable » des phénomènes juridiques. *L'analyse économique n'est pas l'explication de la prise de décision mais une explication possible dont la validité est à apprécier à l'aide de considérations qui ne sont plus économiques.*

Il est possible d'affirmer que, dans certains domaines, les considérations économiques sont déterminantes. Une nouvelle fois, le droit de la concurrence est l'exemple type. Dans d'autres, les considérations économiques semblent marginales. Affirmer que le droit du mariage doit être pensé ou a été pensé sous un angle économique est certes possible mais ne semble pas raisonnable, au moins au niveau psychologique. De même, il est délicat de savoir si le droit de la consommation a été créé pour protéger le consommateur ou pour constituer un marché plus efficient grâce à l'information du consommateur. Ces considérations montrent que le descriptif et le normatif sont ici liés.

b. Normativement, la question est plus délicate et nous retrouvons le problème du « raisonnable ». En effet, il ne fait aucun doute que les considérations économiques sont pertinentes dans nos sociétés occidentales et que le juriste ne peut pas ignorer l'économiste. Les considérations économiques sont donc prises en compte à un niveau ou à un autre par le juge et le législateur. Considérer que seules ces considérations doivent être prises en compte reste

beaucoup plus difficile à justifier, surtout lorsque nous espérons une répartition des tâches entre le législateur et le juge. Les individus ne s'accordant pas sur la fonction du droit, du juge et du législateur, un consensus sur les outils permettant d'assurer que le droit remplisse au mieux sa fonction est improbable.

Par ailleurs l'économie ne propose que très rarement une solution unique²⁶⁶⁷ (en raison même de la diversité des cadres d'analyse) si bien que la prise en compte des arguments économiques oblige à faire un ou plusieurs choix et à les justifier en fonction de considérations non économiques. Le juriste doit pourtant comprendre les présupposés de chacune des perceptions pour comprendre l'arbitrage qu'il doit réaliser.

De plus, le droit continue d'avoir une dimension morale et un lien avec une idée de justice, réticentes, toutes les deux, à l'approche en termes de calcul (*infra*). Néanmoins, rien n'indique que cette dimension morale du droit n'a pas une fonction économique (approche hayekienne par exemple). Dans ce dernier cas, il s'agit de pousser encore le raisonnement économique, des règles à la formation des règles, et nous savons que l'arbitrage entre ces deux niveaux ne peut pas se faire simplement à l'aide de considérations économiques.

Enfin, il ne faudrait pas surestimer le pouvoir de l'économie. Comme le rappelle notre citation de Hayek en début de section, une certaine dose d'humilité devant les processus sociaux est nécessaire pour éviter de conduire à l'enfer provoqué par de bonnes intentions, d'autant plus qu'une étude approfondie des concepts économique met en évidence des difficultés profondes (notamment à travers le théorème de Lipsey-Lancaster). Sentelle fait ainsi remarquer : « *using law and economics as the primary normative control on judicial behavior (as opposed to a mere element of judicial behavior) is an act of generational arrogance. Before our generation, law and economics did not exist as a discipline. For this generation to say that we have a method that will displace all that has been learned over hundreds of years by all of the lawyers and judges in the Anglo-American tradition bespeaks an arrogance that we think ourselves wiser than all those before us* »²⁶⁶⁸. Prisonnier de l'euphorie de nouvelles possibilités, il ne faudrait pas oublier le mythe d'Icare.

Même si la force des considérations économiques dans la prise de décision ne peut pas être déterminée avec précision, l'information fournie par les outils de l'économie (et une réflexivité) permet, à elle seule, de justifier la pertinence de l'analyse économique du droit. Les éléments

²⁶⁶⁷ Par exemple, le monopole n'a pas le même statut en économie néoclassique et en économie autrichienne (*infra*).

²⁶⁶⁸ David Sentelle, *Law and Economics Should be Used for Economic Questions*, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 119-127, p 126

présentés dans le second titre de la première partie de cette thèse en attestent. Ces considérations et cette approche nous permettent de nous réapproprier nos propres objets en nous fournissant une perspective externe.

B. La place de l'analyse économique dans la justification des décisions juridiques

Si l'analyse économique du droit peut avoir un rôle dans la détermination de la solution qui sera retenue, sa place dans la justification des décisions juridiques est plus délicate à déterminer mais beaucoup plus intéressante. D'une part, il serait faux de croire que les concepts économiques utilisés en droit ont le même sens que les concepts économiques utilisés en économie. Le droit procède à une juridicisation de l'économie (1). Dans ce cas, l'économie aura nécessairement un rôle dans la justification de la structure juridique mais aussi du sens des concepts utilisés par le droit ou des moyens mobilisables pour « justifier » de la présence de telle ou telle situation.

D'autre part, les catégories juridiques (qu'elles soient considérées comme économiques ou non économiques) peuvent être economicisées (2). L'argumentation économique se transforme alors en justification de l'utilisation des catégories juridiques mais reste subordonnée à elles (ou au moins à leur forme).

Implicitement, nous affirmons que le raisonnement juridique repose sur l'usage d'un code et que ce code sera nécessairement différent du code économique (*supra*). En droit, le raisonnement se fait à partir des catégories considérées comme juridiques. Le problème sera alors de déterminer le sens de ces catégories. Parfois le droit traduit des concepts économiques à travers ses catégories (économie juridicisée). *Il serait cependant naïf de croire que cette traduction n'entraîne pas des pertes de sens et donc que le raisonnement économique peut s'appliquer sans respecter la structure argumentative imposée par le droit.* Parfois, les catégories juridiques semblent autonomes par rapport au raisonnement économique mais l'utilisation de telle ou telle catégorie peut se justifier à l'aide de considérations économiques (droit economicisé). La confrontation des codes ne permet pas une traduction « brute ».

La distinction ne nous mettons en évidence ne doit pas laisser croire à l'absence d'interactions. L'appréhension juridique de l'économie impose un raisonnement à partir des conceptualisations juridiques et non strictement économiques. Néanmoins le sens de ces conceptualisations juridiques (et même les catégories juridiques) peut évoluer avec l'appréhension juridique de l'économie. La place de la réflexion économique dans le droit est donc délicate à bien identifier.

1. Une économie juridicisée : la transformation des concepts économiques par le droit

Lorsque le droit semble reprendre des conceptualisations économiques, il pourrait sembler que la justification juridique est une justification économique. Cette approche ne nous semble pas permettre de bien saisir l'opposition entre les codes et donc des structures argumentatives.

Le droit de la concurrence constitue l'archétype d'une juridicisation des concepts économiques. Cette transposition des concepts économiques dans le code du droit ne transforme pas pour autant l'argumentation dans le domaine en une argumentation économique *stricto sensu*. Comme l'explique Le Berre : « *En imposant ses exigences normatives à l'analyse économique, le droit ne réalise pas une simple transposition mais une traduction des principes et des modes de raisonnement de cette dernière* »²⁶⁶⁹. Le vocabulaire utilisé traduit l'idée que le droit est lui-même un code assujéti à une fonction. Dès lors, comme code, il ne peut pas véhiculer le même sens que les disciplines sur lesquelles il se fonde pour se construire. Il tient compte de l'économie mais cette économie est juridicisée, même si les termes utilisés par le droit sont les mêmes que ceux utilisés par l'économie (et tendent à diverger avec leur utilisation dans les deux systèmes). La justification ne peut plus être considérée comme strictement « économique » car elle est contrainte par les représentations juridiques.

La première raison est triviale. *La pluralité des approches économiques des problèmes de concurrence oblige le droit à ne retenir qu'un seul concept* (en principe le concept néoclassique) et à s'y tenir, au moins relativement, en vue d'assurer une certaine sécurité juridique. Le problème de la concurrence étant identifié par une structure de perception économique, la divergence des perceptions économiques conduit à une identification différente des problèmes juridiques (l'économie guide donc le droit mais n'est pas le droit). Conceptualiser la compétition grâce aux outils de la microéconomie néoclassique ou la conceptualiser à l'aide de l'idée de processus de découverte des approches autrichiennes modifie l'identification des problèmes économiques et donc des solutions à apporter. Sous l'angle autrichien, par exemple, O'Driscoll et Rizzo affirment que « *Monopoly rents can persist only if legally protected. From the perspective of a property rights theory, neither antitrust nor regulation is an appropriate vehicle for controlling monopolies. Regulation and perhaps antitrust policy are sources of monopoly power. Deregulation and repeal of legal protections are the appropriate*

²⁶⁶⁹ Christophe Le Berre, *Le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*, 2006, Université de Paris X Nanterre, 945 pages, exemplaire privé, p 820. Cette thèse soutient une juridicisation de l'économie et donc une différence de « sens » entre les catégories juridiques à contenu économique et le sens économique de ces catégories juridiques. La remarque ne vaut d'ailleurs pas que pour l'économie. L'idée de famille au sens sociologique n'est pas la même que l'idée de famille au sens juridique.

responses »²⁶⁷⁰. Le monopole ne peut pas exister sans intervention de l'Etat dans cette perspective ; l'Etat serait donc à l'origine d'un « mal » qu'il souhaite combattre.

Plus encore, l'existence même d'une concurrence au sens autrichien suppose que cette concurrence *est* monopolistique (et donc la fixation de prix « supérieurs » à ceux résultant de la concurrence pure et parfaite) et ceci n'est pas blâmable puisque les entreprises cherchent simplement à satisfaire les préférences des consommateurs. Il serait alors absurde de rechercher si telle ou telle entreprise fixe un prix plus élevé que le prix de concurrence, d'abord car ce prix de concurrence n'existe pas et ne peut pas être connu²⁶⁷¹, ensuite car le modèle sur lequel il se fonde est « opposé » à l'idée même de concurrence²⁶⁷². Sous cet angle, les barrières à l'entrée ne réduisent pas la concurrence, elles traduisent des choix de la part des consommateurs. Ces différents éléments servent pourtant à caractériser une position de dominance qui, sans être critiquable par elle-même, tend à rendre plus suspecte les activités menées par de telles sociétés.

Cette version, pour certains radicale, ne correspond pas à la conception que nous avons traditionnellement des problèmes de concurrence en droit, même si les arguments ne sont pas « absurdes ». Autrement dit, le droit doit prendre un point de référence, défini en général par la théorie économique dominante, dont les fondements ne sont que rarement pris en compte alors qu'ils constituent le socle à partir duquel les règles de concurrence seront constituées.

Le droit se doit aussi de simplifier l'économie pour le rendre manipulable et compréhensible : les critères doivent être suffisamment précis pour que les opérateurs puissent comprendre la situation juridique dans laquelle ils se trouvent. L'utilisation des parts de marchés comme indice de position dominante constitue ainsi un « proxy » manipulable. Par exemple, au niveau européen, les accords verticaux sont considérés, hors cas exceptionnels (cas où l'accord vise directement une restriction de concurrence), comme ne restreignant pas la concurrence lorsque le fournisseur (ou le cas échéant l'acheteur) dispose d'une part de marché inférieure à 30%²⁶⁷³. La justification donnée par la Commission est particulièrement intéressante : « *L'approche simplifiée qui est celle du règlement d'exemption par catégories et qui ne tient compte que de la part de marché du fournisseur ou de l'acheteur*

²⁶⁷⁰ Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, op cit, p 155. Dans le même sens, Dominick Armentano, *The Myths of Antitrust: Economic Theory and Legal Cases*, 1972, Arlington House, New Rochelle (NY), 287 pages. Cette vision n'est pas partagée par l'ensemble des économistes autrichiens (Mises et Kirzner ne sont pas exactement du même avis).

²⁶⁷¹ Gerard O'Driscoll et Mario Rizzo, *The Economics of Time and Ignorance*, op cit, p 146 « *Put simply, no one knows what a competitive market would look like in the absence of competition* »

²⁶⁷² Cette critique est récurrente. Par exemple, Friedrich Hayek, *The Meaning of Competition*,

²⁶⁷³ Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2000/C 291/01, JOCE C/291 du 13 octobre 2000, 44 pages.

(selon le cas) sur le marché où se rencontre ces deux parties se justifie par le fait qu'en dessous du seuil de 30%, les effets sur le marché en aval sont généralement limités. De surcroît, cette seule prise en compte du marché entre le fournisseur et l'acheteur est un facteur de simplification de la mise en œuvre du règlement»²⁶⁷⁴. Cette justification tient donc compte des coûts de gestion de la règle qui imposent une simplification des conceptualisations économiques. Ceci ne signifie pas qu'il n'y a pas d'effet anticoncurrentiel sur le marché mais que ces effets ne sont pas anticoncurrentiels du point de vue du droit. L'économie est alors juridicisée au sens plein du terme : elle fonde le concept juridique mais le concept juridique retravaille les considérations économiques pour les rendre compatibles avec la fonction de son code.

Dans le même sens, Kaplow et Shapiro indiquent que « *this legal approach of viewing market power as something either present or absent – a dichotomous classification – is at odds with the technical economic notion of market power as a matter of degree. [...] Nevertheless, the law's notion of market power is quite closely related to that of economists* »²⁶⁷⁵. La structure binaire du code juridique impose une catégorisation qui ne peut pas correspondre à la subtilité des raisonnements économiques.

Il est bien évidemment toujours possible de considérer que ces réinterprétations de l'économie par le droit sont efficaces. Après tout, elles ne font que tenir compte des coûts de gestion de la règle par les autorités et de l'intérêt d'un cadre juridique suffisamment stable pour permettre une coordination des acteurs économiques. L'essentiel est pourtant ailleurs. Le passage de l'économie au droit transforme l'économie et donc l'argumentation économique acceptable en droit.

La juridicisation de l'économie ne se limite pas au droit de la concurrence. Tout « bien économique » juridique n'est pas un « bien économique » au sens économique, cette dernière définition étant bien plus large puisque tout ce qui est source d'échange peut être considéré comme un bien économique. Le concept de prix, en matière de marché public, tend à se rapprocher de la conception économique du prix comme « valeur économique » (quelle que soit sa nature)²⁶⁷⁶. Ceci signifie cependant bien que cette notion de prix « juridique » n'a pas toujours correspondu au prix « économique ». Le même raisonnement pourrait être réalisé relativement à l'idée d'entreprise, de marché, etc... Cette conceptualisation dépasse cependant le cadre de notre thèse.

²⁶⁷⁴ Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, op cit, point 22

²⁶⁷⁵ Louis Kaplow et Carl Shapiro, Antitrust, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, op cit, vol 2, pp 1073-1225, p 1096.

²⁶⁷⁶ Voir par exemple Conseil d'Etat, Assemblée, Société Jean Claude Decaux, 4 novembre 2005, AJDA 2006, p 120, conclusions Casas

Une fois traduits dans le langage du droit, les problèmes sont redéfinis à travers des catégories juridiques. Lorsque le droit se fait suffisamment précis, certaines considérations économiques sont exclues. Plus précisément, si les considérations économiques ne peuvent se traduire dans le langage du droit, ces considérations seront rejetées par le droit.

2. Un droit économicisé

L'argumentation économique peut aussi servir à justifier des considérations juridiques notamment à travers la recherche du sens des catégories juridiques (y compris celles qui visent à retranscrire des considérations économiques²⁶⁷⁷). Dans ce cas, le droit est économicisé.

Avant d'examiner cette situation, rappelons que l'approche du droit sous l'angle de la logique du pire peut avoir des effets contre-productifs. En contribuant à désacraliser le droit (mais aussi les normes sociales, l'individu et l'idée de collectivité), elle peut conduire à renchérir les coûts relatifs au respect des règles juridiques en privant le droit de son « autorité » pour en faire un simple pouvoir²⁶⁷⁸. Autrement dit, *la justification mise en avant va avoir une influence sur les représentations sociales* et l'acceptabilité de cette justification dépend, en partie, de telles représentations. Maintenir un semblant de sacralité du droit (mais aussi de l'individu et de la collectivité) peut alors apparaître tout à fait raisonnable.

Le droit utilise un certain nombre de catégories dont le contenu n'est pas fixé. De l'idée de faute à celle de bon père de famille, en passant par l'intérêt général, le droit ne donne pas l'ensemble des critères pris en compte pour la justification de leur utilisation. Cette situation s'explique par le besoin pour le droit de s'adapter aux changements de circonstances mais aussi de ne pas trop s'enfermer dans des conceptualisations strictes. Le manque de précision des conceptualisations juridiques peut alors être invoqué (tout en étant justifié).

L'économie peut servir de rhétorique de justification pour l'utilisation (ou la non utilisation) des catégories juridiques particulières et le droit ne peut pas critiquer un tel positionnement. Cette rhétorique est d'ailleurs assez puissante dans la mesure où les catégories utilisées sont assez facilement compréhensibles (coûts, bénéfiques) et qu'une fois la situation déterminée, les solutions découlent d'une certaine logique. Cette rhétorique ne peut cependant pas prendre en compte l'ensemble des dimensions véhiculées par la catégorie juridique.

²⁶⁷⁷ Le passage de l'économie au droit suivi d'une justification économique de l'emploi des catégories juridiques ne revient pas à réaliser une argumentation économique « pure ».

²⁶⁷⁸ *Supra* nos développements sur la logique du pire.

La négligence sera ainsi retraduite à travers les idées de coût marginal de précaution et de gain marginal en termes de réduction du coût probable du dommage. Cette transformation peut laisser penser que le concept économique de négligence est plus « scientifique » que le concept juridique de négligence (qui laisse une part importante à l'idée morale de la négligence). Pourtant, en raison de la difficulté à identifier les coûts appropriés (sauf cas exceptionnel), il n'en est rien ; plus encore l'économicisation du droit lui fait perdre une dimension. Le même raisonnement pourrait être tenu en matière de faute. Si toute erreur ne constitue pas une faute, c'est que la réduction de certaines erreurs à un coût démesuré par rapport à ses gains. Penser la faute sous l'angle économique, c'est séparer la dimension « morale » de la faute et une vision plus désacralisée de celle-ci. L'intérêt d'une telle désacralisation n'est pas assuré.

De même, il est possible d'avancer que l'intérêt général dont il est question en matière de services publics ne peut se définir qu'en fonction des caractéristiques économiques de la situation. Il s'agira par exemple de mettre en évidence que ce service public est en fait un bien public au sens économique. Pourtant, les critères de non rivalité et de non exclusion sont difficiles à identifier dans une situation pratique, même s'ils informent notre perception (et il est douteux que l'analyse économique puisse aller au-delà).

Nous avons aussi envisagé, implicitement, les problèmes liés aux conceptualisations économiques en matière de concurrence. Selon l'approche économique retenue, une même situation peut être qualifiée d'efficace ou de non efficace, mais elle sera toujours qualifiée « d'expertise » économique. Afin de départager les justifications, il ne suffira pas d'utiliser les outils de l'analyse économique mais de porter une évaluation sur la pertinence de ceux-ci (et pour cela de comprendre le cadre qui les produit). Le droit est informé par l'économie, et la justification économique rentre dans une évaluation juridique.

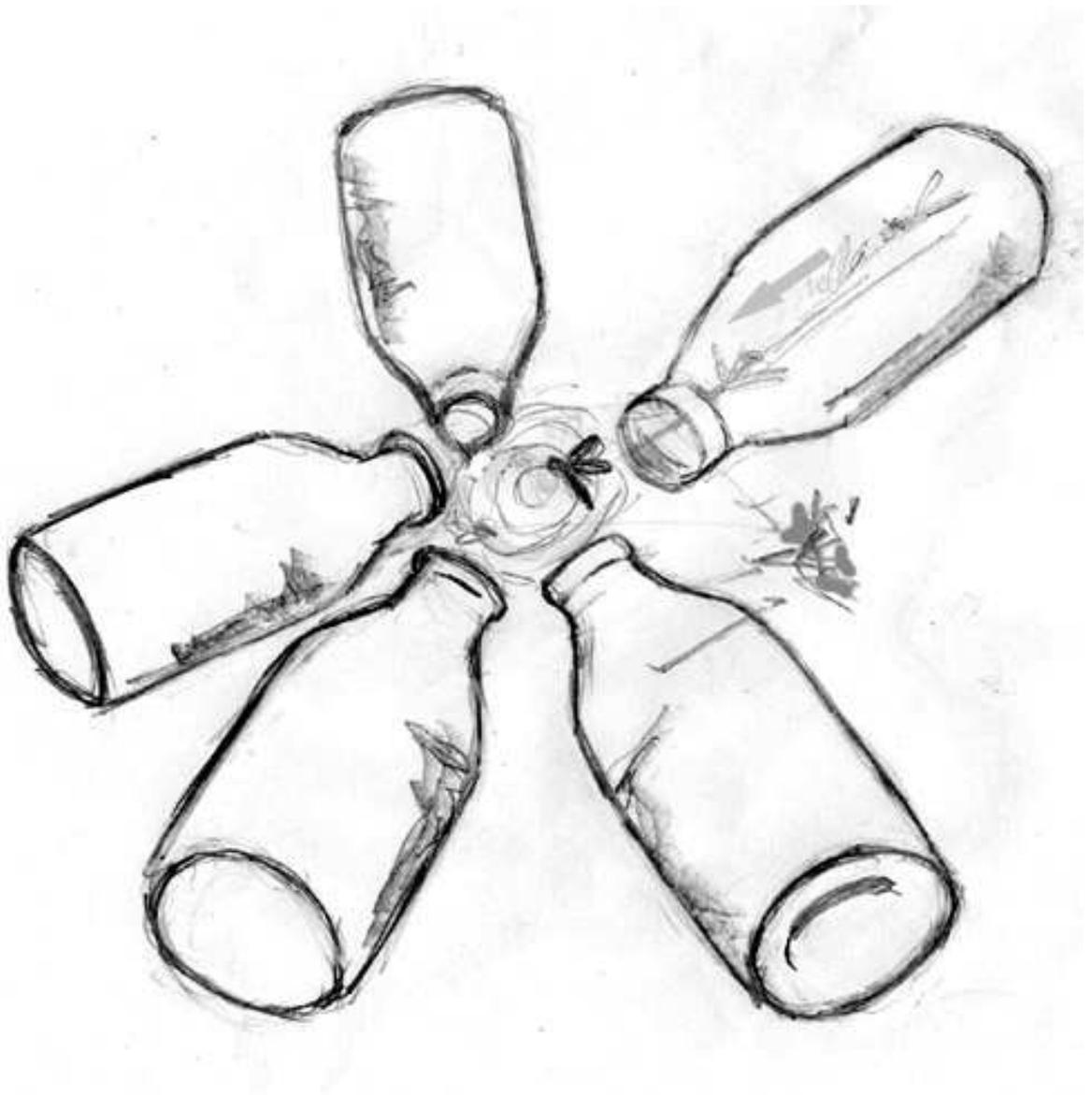
Plus cyniquement, l'utilisation de l'analyse économique comme expertise permet de dédouaner le juriste et d'afficher une certaine « objectivité » dans la décision. Après tout, le juriste ne fait que construire sur des éléments fournis par les experts économiques. Si un problème survient c'est l'économie qu'il faut blâmer et non le droit. Pire encore, lorsque le juriste ne connaît pas l'économie, il ne pourra pas porter une appréciation critique des éléments qui lui sont fournis.

Enfin, la rhétorique économique n'est mobilisable que si elle est acceptée par le système dans lequel elle est utilisée. Autrement dit, le sens attribué au droit est une contrainte sur les possibilités d'utilisation explicite des arguments économiques. Il est douteux que le raisonnement économique soit accepté comme justification en matière de droit des étrangers ou en matière de libertés fondamentales par exemple.

Moins qu'une justification de l'utilisation des catégories juridiques, l'analyse économique propose de mettre à plat le problème afin d'en identifier des enjeux. Elle constitue alors un outil de réflexion plus qu'un outil de choix. Comme l'indique Williams, « *A more realistic goal for economics in judicial reasoning might be -- to pursue the physiologist-diver metaphor -- as a check on bad habits when they arise* »²⁶⁷⁹.

De même qu'apprendre le droit n'apprend pas à bien juger du premier coup mais à limiter les erreurs de jugement, apprendre l'économie ne permet pas de déterminer les solutions efficaces mais de limiter les erreurs d'appréciation. L'importance de l'expérience est, dans les deux disciplines, une condition de la bonne utilisation des outils. Saisir à la fois les conceptualisations juridiques et économiques d'un problème juridique demande le même type d'expérience.

²⁶⁷⁹ Stephen Williams, *Limits to Economics as a Norm for Judicial Decision*, op cit, p 43



© J.L.

Ou comment la mouche a appris à jouer avec les bouteilles

CONCLUSION GENERALE

« *Douter de tout ou tout croire, ce sont deux solutions également commodes, qui l'une et l'autre nous dispensent de réfléchir* »²⁶⁸⁰

Henri Poincaré

« *Economics, then, ushered in a set of scholarly virtues that have improved the literature. These virtues include consistency in the use of terms, clarification of the stakes of the discussion, the distinction between normative and positive analysis, and isolation of different incentives and behaviors [...] But economics fails to explain contract law* »²⁶⁸¹

Eric Posner

L'analyse économique soumet le juriste français à rude épreuve. Elle envahit son champ disciplinaire. Elle utilise un nouveau vocabulaire et un nouveau « style » auxquels le juriste n'est pas familier et qu'il ne comprend pas toujours – ou qu'il croit comprendre en raison de l'apparente transparence du vocabulaire. Elle présente des interprétations alternatives qui ne sont pas sans bousculer les cadres de pensée traditionnels (le droit de la responsabilité n'est-il qu'une question d'incitations ? Où se trouve l'idée de réparation ? Où se trouve l'idée de « justice » ?).

Au-delà, sa version normative inquiète ; sous prétexte d'une scientificité, elle semble « imposer » des valeurs et une méthodologie d'approche. Il est alors aisé de la taxer d'arrogance. Le rapport *Doing Business* de la banque mondiale constitue de ce point de vue la version la plus radicale : n'est-il pas simpliste de vouloir classer sur une échelle unique l'attractivité économique du droit ? N'est-il pas présomptueux de déterminer des critères « objectifs » à cette évaluation ? De plus, l'analyse économique semble antihumaniste puisqu'elle ne reconnaît pas la véritable « valeur » des droits fondamentaux. Comment par exemple considérer que la démocratie ou les droits de l'Homme sont des biens de luxe ?

La simplicité apparente de ses outils n'est pas non plus sans trancher avec la complexité des problèmes perçus par les juristes. La décision judiciaire ne semble pas pouvoir se résumer à un

²⁶⁸⁰ Henri Poincaré, *La Science et l'Hypothèse*, op cit, p 10

²⁶⁸¹ Eric Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, op cit, pp 879-880

calcul de coûts et de bénéfices. Le droit est un art, une recherche de conciliation. Le juge ou le législateur ne sont pas systématiquement des individus « égoïstes ». L'analyse économique apparaît trop suspicieuse et parfois même simpliste dans ses hypothèses.

Rejeter l'analyse économique du droit en bloc reviendrait cependant à refuser la réflexion à laquelle elle invite. Il ne s'agit pas d'accepter cette analyse sans regard critique ; pour que ce regard soit véritablement critique il importe d'en comprendre les fondements épistémologiques. C'est à cette tâche que notre thèse espère avoir contribué.

Nous établissons six résultats principaux.

1. *L'analyse économique du droit est avant tout un code articulé*, une philosophie du soupçon dont la structure est déterminée. Ce code se fonde sur deux principes qui pourraient sembler transparents : la rationalité et l'efficacité. Le premier titre de cette thèse a eu pour objectif de dégager les sens attribués par les analyses économiques à ces deux critères. Il convient de se garder de confondre le sens technique des critères avec les connotations attribuées par le sens commun. L'efficacité est principalement un critère technique dont les vertus sont méthodologiques. La *rationalité économique* n'est pas la *rationalité*.

Comme code articulé, l'analyse économique propose un référentiel et permet de clarifier un certain nombre de débats en les abordant d'une façon systématique ; le même référentiel peut être utilisé pour l'ensemble des domaines du droit, même si la pertinence de ce référentiel peut toujours être interrogée. Cette systématisation, si elle ne permet pas de saisir l'ensemble des dimensions d'un problème juridique, limite les possibilités de quiproquo et facilite une interrogation à partir de bases communes. *Elle simplifie pour analyser et ne prétend pas à une vision globale.*

La présence de ce code formalisé pose aussi la question des fondements du code juridique et surtout des intuitions juridiques. Elle nous incite à les interroger et à en chercher une logique.

2. *La pluridisciplinarité est un mythe. Nous travaillons avec des codes plus ou moins familiers et plus ou moins formalisés.* Ce point irrigue l'ensemble de notre thèse.

L'analyse économique du droit est avant tout une analyse économique. Le droit – et plus largement les phénomènes normatifs – n'est qu'un nouvel objet permettant de déployer les outils de l'analyse économique. Ce dernier n'est pas perçu dans sa juridicité puisque ce qualificatif est un qualificatif

juridique. L'analyse économique du droit ne peut donc pas saisir ce qui fait le droit et ne dispose d'ailleurs pas d'une définition précise de son objet. Son objectif n'est d'ailleurs pas celui-là.

Même s'il n'est pas souvent perçu comme tel, le droit est lui-même un code. Un énoncé juridique bien formé répond à un certain nombre de critères. Ces critères nous semblent provenir de l'utilisation des catégories « juridiques » (ce qui nécessite une théorie du droit). Un argument économique utilisé dans une argumentation juridique n'est donc plus, à proprement parler, économique. Il est juridicisé pour répondre aux exigences du code juridique.

3. Comme code alternatif, l'analyse économique permet de repenser les phénomènes juridiques. Ce point est illustré par le second titre de la première partie et développé dans le second titre de la seconde partie de cette thèse.

L'analyse économique propose une *méthode d'approche systématique des problèmes juridiques centrée sur les conséquences*. Sa valeur est à proprement parler abductive : elle permet de former des hypothèses pour rendre compte de la présence ou de l'absence de certains objets juridiques. Elle permet aussi de former des hypothèses sur les possibles conséquences de l'insertion d'une norme dans le système normatif global. *Elle favorise l'exploration conceptuelle des phénomènes juridiques.*

Les rationalisations proposées par l'analyse économique du droit apparaissent bien souvent séduisantes, ce qui pourrait discréditer les méthodes juridiques. Cette séduction provient de la systématisation de son approche et de l'attraction pour une forme de désenchantement du monde proposée par cette analyse ; l'économiste ne serait pas un « naïf » mais un « réaliste ». Si les herméneutiques du soupçon ne sont plus « à la mode » en philosophie, elles ont migré vers les sciences sociales. Considérer que l'Homme est égoïste et qu'il ne cherche que son intérêt laisse penser qu'il est possible d'accéder à une perception « moins naïve » des phénomènes sociaux. Cette affirmation n'a cependant aucun fondement scientifique.

L'analyse économique du droit est ensuite, et même surtout, *un outil de questionnement*. Elle interroge plus qu'elle ne propose de solutions précises aux problèmes juridiques ; elle met en évidence des arbitrages, des valeurs, des dimensions « non logiques » dans les choix juridiques.

4. Rien ne permet pour autant de dire que la connaissance économique améliore la connaissance des phénomènes juridiques : il faut trouver le juste milieu entre le scepticisme absolu (où toutes les propositions de l'économie du droit ne sont que des propositions analytiques stériles) et l'application sans limite (où toutes ces propositions peuvent être mises en œuvre). Ce juste milieu ne dépend pas d'un calcul mais d'une perception intuitive.

Le premier titre de notre seconde partie montre que les stratégies de validation de l'analyse économique ne sont pas pleinement satisfaisantes. Elles renvoient à des valeurs et à des croyances. Ni un raisonnement a priori, ni une validation empirique ne peuvent permettre d'atteindre une certitude sur la validité des résultats de l'analyse économique du droit ; ces résultats restent largement analytiques (leur pertinence pratique ne peut dépendre de la seule utilisation du code).

L'analyse économique reste cependant pertinente comme outil de test de robustesse d'une règle ou d'un ensemble de règles juridiques. Sa pertinence reste purement informative. Elle ne peut extrapoler de ses tests des recommandations normatives. Cette extrapolation demanderait en effet une évaluation externe de ses propositions, ce que le code économique ne peut, par définition, atteindre. De même, la connaissance juridique ne peut pas être stimulée sans évaluation externe.

5. *Ce n'est que par un renversement que l'analyse économique du droit permet d'améliorer notre connaissance des phénomènes juridiques.* Si l'image d'un phénomène dépend de l'utilisation d'un code spécifique pour la perception, ce n'est qu'en multipliant les images du phénomène que nous pourrions espérer en avoir une perception globale. Autrement dit, *un code ne propose des connaissances* (et non de simples théorèmes ou conjectures) *que lorsqu'il est capable de sortir de lui-même*, et d'adopter une position méta ; sans cela, il ne peut pas quitter sa dimension analytique. Comprendre les fondements épistémologiques d'un type d'analyse particulier permet de mieux saisir que le code n'est qu'un code ce qui facilite ainsi son dépassement.

Cette thèse pose donc, indirectement, la question des fondements épistémologiques de l'analyse juridique (qui, elle aussi, est plurielle) : qu'est-ce qui fait la juridicité d'une analyse juridique ?

La connaissance apparaît comme une relation entre points de vue et l'expression de ceux-ci dans un code particulier n'est pas suffisante pour en saisir le sens profond. La dimension *juridique* et la dimension *économique* d'un phénomène juridique sont complémentaires, même dans le cas où elles pourraient sembler opposées. Ce sont ces dimensions qui permettent de mieux saisir la nature de l'objet observé.

6. Enfin, *le renversement nous conduit à toucher l'indicible dans le droit* (mais aussi dans l'économie). Le raisonnable est un des paramètres indicibles du droit. S'il peut être ressenti, il ne peut pas être démontré mais reste cependant au centre de la faculté de jugement. Ce raisonnable joue aussi sur l'acceptation des propositions de l'économie et de l'ensemble des propositions des sciences sociales. *Reconnaître et accepter l'indicible nous semble être une condition au dépassement de nos connaissances.*

Une telle approche conduit enfin à repenser les cadres épistémologiques traditionnels et à retrouver les trois sortes de raisons de la philosophie grecque. *Si nous n'acceptons pas la possibilité de la praxis pour nous en tenir simplement à l'épistémè, rien ne permet de « valider » un raisonnement juridique autrement que par l'autorité qui en est à l'origine.* Accepter la praxis revient à ne jamais fermer la discussion et à accepter les points d'interrogation, tout en tenant compte des contingences pratiques.

La mouche de Wittgenstein ne peut pas sortir de la bouteille à mouches parce qu'elle ne peut pas prendre du recul sur sa façon de percevoir le monde ; elle ne peut accéder au niveau méta. Afin que le juriste (ou l'économiste) ne soit pas prisonnier de sa bouteille, il doit, lui aussi, se forcer à sortir de ses cadres conceptuels – sans jamais pouvoir atteindre une approche non biaisée ; nous sommes toujours prisonniers d'au moins une bouteille. L'analyse économique du droit, comme toute approche externe de cet objet, favorise ainsi une meilleure connaissance du droit.

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie présentée ne fait état que des ouvrages, articles, jurisprudences, etc. effectivement utilisés dans notre thèse. L'analyse économique du droit fait l'objet de trop nombreux ouvrages et articles pour qu'il nous ait semblé nécessaire de présenter une bibliographie exhaustive. Notons que l'ouvrage de Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, constitue une encyclopédie bibliographique et que la plupart des ouvrages et articles renvoient, eux aussi, à une immense bibliographie. La bibliographie la plus à jour correspond certainement à la bibliographie présente dans les deux volumes sous la direction de Polinsky et Shavell, *Handbook of Law and Economics*.

I. Ouvrages

1. ouvrages en langue française

Alland, Denis et **Rials**, Stéphane (eds), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, 2003, Lamy/Puf, Paris, 1680 pages

Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1990, Vrin, Paris, 539 pages

Aron, Raymond, *Démocratie et Totalitarisme*, 1987, Gallimard, Paris, 370 pages

Bastiat, Frederic, *Ce Qu'On Voit et Ce Qu'On Ne Voit Pas, Choix de Sophismes et Pamphlets Economiques*, 2004, Romillat, Paris, 286 pages

Begg, David, **Fischer**, Stanley et **Dornbusch**, Rudiger, *Microéconomie*, 2002, Dunod, Paris, 392 pages

Bertrand, Elodie, « *Les Théorèmes de Coase* » : énoncés et critiques microéconomiques, 2003, Thèse de Sciences Economiques, Paris I Sorbonne, 369 pages

Blaug, Mark, *La Méthodologie Economique*, 2^e édition, [1992] 1994, Economica, Paris, 285 pages

Boltanski, Luc et **Thevenot**, Laurent, *De la Justification. Les Economies de la Grandeurs*, 1991, Gallimard, Paris, 483 pages

Boudon, Raymond, *La Logique du Social, introduction à l'analyse sociologique*, 1979 Hachette, l'esprit critique, Paris, 275 pages

Boudon, Raymond, **Bouvier**, Almand et **Chazel**, François, *Cognition et sciences sociales*, 1999, Puf, Paris, 288 pages

Bourricaud, François, *L'Individualisme Institutionnel : Essai sur la Sociologie de Talcott Parsons*, 1977, PUF, Paris, 352 pages

Cabrillac, Remy, *Introduction Générale au Droit*, 1995, Dalloz, Paris, 215 pages

Caillosse, Jacques, *La Constitution Imaginaire de l'Administration*, 2008, PUF, Paris, 421 pages

Carbonnier, Jean, *Droit civil – Introduction*, 1997, 25^e, PUF, Paris, 350 pages

Carbonnier, Jean, *Sociologie Juridique*, 1978, PUF, Paris, 423 pages

Carroll, Lewis, *Oeuvres*, 1990, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, Paris, 1983 pages

Cartelier, Jean, *L'Economie de Keynes*, 1995, De Boeck Université, Bruxelles, 141 pages

Cartelier, Jean, *La Formation des Grandeurs Economiques*, 1991, PUF, Paris, 357 pages

Claassen, Emil M. (eds), *Les Fondements philosophiques des systèmes économiques*, 1967, Payot, Paris, 523 pages

Collectif, *Archives de Philosophie du Droit*, tome 37, Droit et Economie, 1992, Sirey, Paris, 430 pages

Collectif, *Conseil d'Etat - Rapport Public 2006 – Jurisprudence et Avis 2005, Sécurité Juridique et Complexité du Droit*, 2006, Documentation Française, Paris, Etudes et Documents n°57, 416 pages

Collectif, *L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche, Les Petites Affiches*, 2005, n°99, 95 pages

Collectif, *Les Droits de Tradition Civiliste en Question*, 2006, Société de Législation Comparée, Paris, 144 pages

Collectif, *Rencontres francophones sur la logique floue et ses applications*, 2004, Cepadues-Éditions, toulouse, 400 pages

Constant, Benjamin, *Ecrits Politiques*, 1997, Gallimard Paris, 870 pages

Constanty, Hélène, *Warren Buffett, L'Homme le Plus Riche du Monde*, 2008, Eyrolles, Paris, 193 pages

Courcelle-Seuneil, Jean Gustave, *Préparation à l'étude du droit*, 1887, Librairie Guillaumin et Cie, Paris, 499 pages

Cozian, Maurice, **Viandier**, Alain et **Deboissy**, Florence, *Droit des Sociétés*, 19^e édition, 2006, Litec, Paris, 673 pages

- Damasio**, Antonio, *L'Erreur de Descartes : la Raison des Emotions*, [1995] 2008, Odile Jacob, Paris, 368 pages
- de Condorcet**, Nicolas de Caritat, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, 1785, Imprimerie Royale, Paris, 190 pages
- De Munck**, Jean, *L'Institution Sociale de l'Esprit*, 1999, PUF, Paris, 202 pages
- Debreu**, Gerard, *Théorie de la Valeur*, 1984, Dunod, Paris, 174 pages
- Deffains**, Bruno (ed), *L'Analyse Economique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, 2002, Cujas, Paris, 396 pages
- Deffains**, Bruno et **Langlais**, Eric, *Analyse Economique du Droit, Principes, Méthodes, Résultats*, 2009, De Boeck Université, Bruxelles, 407 pages
- Duhem**, Pierre, *La Théorie Physique : Son Objet et Sa Structure*, 1906, Chevalier et Rivière, Paris, 450 pages
- du Marais**, Bertrand, *Droit Public de la Régulation Economique*, 2004, Presses de sciences po et Dalloz, 602 pages
- Dupuy**, Jean Pierre, *Le Sacrifice de l'Envie*, 1996, Calman Levy, Paris, 374 pages
- Dupuy**, Jean Pierre, *Sciences Sociales et Sciences Cognitives, Limites de la Rationalité et Nature du Lien Social*, Cours dispensé à l'Ecole Polytechnique et à l'EHESP, département des humanités et sciences sociales, exemplaire privé, 124 pages
- Durkheim**, Emile, *La Division du Travail Social*, [1893] 2007, PUF, Paris, 416 pages
- Durkheim**, Emile, *Les Formes Elementaires de la Vie Religieuse*, [1912] 2008, PUF, Paris, 672 pages
- Duverger**, Maurice, *Les Partis Politiques*, 1954, Armand Colin, Paris, 476 pages
- Elster**, Jon, *Agir Contre Soi, La Faiblesse de Volonté*, 2007, Odile Jacob, Paris, 151 pages
- Elster**, Jon, *Le Désintéressement, Traité Critique de l'Homme Economique I*, 2009, Seuil, Paris, 380 pages
- Fabre-Magnan**, Muriel, *L'Obligation d'Information dans les Contrats – Essai d'une Théorie*, 1992, LGDJ, Paris, 596 pages
- Farjat**, Gerard, *Pour un Droit Economique*, 2004, PUF, Paris, 209 pages
- Ferey**, Samuel, *Une Histoire de l'Analyse Economique du Droit : Calcul Rationnel et Interprétation du Droit*, 2009, Bruylant, Bruxelles, 317 pages
- Ferey**, Samuel, *Histoire et Fondements de l'Analyse Economique du Droit*, soutenue en 2004 à l'université de Paris I, copie privée, 335 pages

- Feyerabend**, Paul, *Contre la Méthode, Esquisse d'une Théorie Anarchique de la Connaissance*, [1975] 1988, Points Seuil, Paris, 350 pages
- Foiseneau**, Luc (ed), *La Découverte du Principe de Raison*, 2001, PUF, Paris, 203 pages
- Frängsmyr**, Tore (eds), *Les Prix Nobel, The Nobel Prizes 2002, 2003*, Nobel Foundation, Stockholm, 561 pages
- Frydman**, Benoît, *Le Sens des Lois*, 2008, Bruylant, Bruxelles, 696 pages
- Gérard**, Philippe, **van de Kerchove**, Michel, **Ost**, François, *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire: Transformations et Déplacements*, 1983, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 584 pages
- Ghestin**, Jacques, *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, 1994, LGDJ, Paris, 891 pages
- Guerrien**, Bernard, *La Théorie Néoclassique, Bilan et Perspectives du Modèle d'Equilibre Général*, 1989, 3^e édition, Economica, Paris, 495 pages
- Halpérin**, Jean-Louis, *Histoire des Droits en Europe de 1750 à nos jours*, 2004, Flammarion, Paris, 383 pages
- Harnay**, Sophie et **Marciano**, Alain, *Posner, L'Analyse Economique du Droit*, 2003, Michalon, Paris, 121 pages
- Hayek**, Friedrich, *Droit Législation et Liberté*, tome 1, [1973] 1980, PUF, Paris, 208 pages
- Hayek**, Friedrich, *Droit, Législation et Liberté, tome 2 : Le Mirage de la Justice Sociale*, [1976] 1995, PUF, Paris, 221 pages
- Hayek**, Friedrich, *Droit, Législation et Liberté, tome 3 : L'Ordre Politique d'un Peuple Libre*, [1979] 1995, PUF, Paris, 253 pages
- Hayek**, Friedrich, *Essais de Philosophie, de Science Politique et d'Economie*, 2007, Belles Lettres, Paris, traduction de Piton, 525 pages
- Hofstadter**, Douglas, *Gödel, Escher Bach, Les Brins d'une Guirlande Eternelle*, [1979] 1987, InterEditions, Paris, 834 pages
- von **Ihering**, Rudolf, *Le Combat pour le Droit*, 1875, A Durand et Pedone Lauriel, Paris, 56 pages (hors introduction)
- Jardin**, André (sous la direction de), *Tocqueville, Œuvres II*, 1992 Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1191 pages
- Jourdan**, Alfred, *Droit & Economie politique*, 1885, Arthur Rousseau, Paris, 294 pages

Kandinsky, Wassily, *Du Spirituel dans l'Art et dans la Peinture en Particulier*, 1988, Gallimard, Paris, 210 pages

Kelsen, Hans, *Théorie Pure du Droit*, 2^e édition, traduction Charles Eisenmann, 1962, Dalloz, Paris, 496 pages

Kirat, Thierry, *Economie du Droit*, 1999, La Découverte, Paris, 122 pages

Krecké, Elisabeth, *Le Critère d'Efficiéce dans l'Analyse Economique du Droit*, 1993, Thèse d'économie, Université Aix Marseille III, 338 pages

Kuhn, Thomas, *La Structure des Révolutions Scientifiques*, [1962] 1983, Flammarion, Paris, 285 pages

Le Berre, Christophe, *Le Raisonnement Economique en Droit de la Concurrence*, 2006, Université de Paris X Nanterre, 945 pages

Lemennicier, Bertrand, *Economie du Droit*, 1991, Cujas, Paris, 180 pages

Leroux, Alain et **Livet**, Pierre, *Leçons de Philosophie Economique*, tome 1, 2005, Economica, Paris, 443 pages

Levi Strauss, Claude, *Mythologiques : Le Cru et le Cuit*, 1964, Plon, Paris, 402 pages

Long, Marceau, **Weil**, Prosper, **Braibant**, Guy, **Delvolvé**, Pierre et **Genevois**, Bruno, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 2005, Dalloz, Paris, 974 pages

MacCormick, Neil, *Raisonnement juridique et Théorie du Droit*, [1978] 1996, PUF, Paris, 322 pages

MacIntyre, Alasdair, *Quelle Justice ? Quelle Rationalité ?*, [1988] 1993, PUF, Paris, 440 pages

Mackaay, Ejan, *L'Analyse Economique du Droit, Tome 1 : Les fondements*, 2000, Thémis, Montréal, 253 pages

Mackaay, Ejan et **Rousseau**, Stephane, *Analyse Economique du Droit*, 2008, Dalloz Sirey, Paris, 723 pages

Maître, Gregory, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, 2005, LGDJ, Paris, 315 pages

Malraux, André, *Les Conquérants*, 1928, Grasset, Paris, 271 pages

Marshall, Terence, *A la Recherche de l'Humanité*, 2009, PUF, Paris, 418 pages

Milgrom, Paul et **Roberts**, John, *Economie, Organisation et Management*, [1992] 1997, De Boeck Université et PUG, Bruxelles, 829 pages

Monod, Jacques, *Le Hasard et la Nécessité*, 1973, Seuil, Paris, 224 pages

Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, [1748] 1831, Pourrat et Frères, Paris, tomes 1, 508 pages

Nemo, Philippe, *La Société du droit selon Hayek*, 1988, Puf, Paris, 448 pages

Nietzsche, Friedrich, *La Généalogie de la Morale*, 2006, Flammarion, Paris, 278 pages

Nietzsche, Friedrich, *Par Delà le Bien et le Mal*, 2004, Hachette, Pluriel, Paris, 268 pages

Ogus, Anthony et **Faure**, Michael, *Economie du droit: le cas français*, 2002, Panthéon assas, Paris, 176 pages

Pareto, Vilfredo, *Manuel d'Economie Politique*, 1927, M Giard, Paris, 695 pages

Perelman, Chaim et **Van Der Elst**, Raymond, *Les Notions à Contenu Variable en Droit*, 1998, Bruylant, Bruxelles, 377 pages

Poincaré, Henri, *La Science et l'Hypothèse*, [1902] 1992, Editions de la Bohème, Reuil Malmaison, 282 pages

Poincaré, Henri, *La Valeur de la Science*, [1905] 1970, Flammarion, Paris, 185 pages

Popper, Karl, *La Logique de la Découverte Scientifique*, [1934] 2007, Payot, Paris, 480 pages

Portalis, Jean Etienne Marie, *Discours Préliminaire au Premier Projet de Code Civil*, [1801] 2004, Confluences, Bordeaux, 78 pages

Royer, Guillaume, *L'Effizienz en Droit Pénal Economique, Etudes de Droit Positif à la Lumière de l'Analyse Economique du Droit*, 2009, LGDJ, Paris, 542 pages

Schmitt, Christian, *La Théorie des Jeux, Essai d'Interprétation*, 2001, PUF, Premier cycle, Paris, 435 pages

Schopenhauer, Arthur, *De la Quadruple Racine du Principe de Raison Suffisante*, 1997, Vrin, Paris, 223 pages

Sen, Amartya, *Ethique et Economie*, 2002, PUF, Paris, 364 pages

Sfez, Lucien, *Critique de la Decision*, 1992, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Paris, 571 pages

Sibony, Anne-Lise, *Le Juge et le Raisonnement Economique en Droit de la Concurrence*, 2008, LGDJ, Paris, 905 pages

Simon, Herbert, *Administration et Processus de Décision*, 1983, Economica, Paris, 322 pages

Simonnot, Philippe, *Economie du Droit*, 2 tomes, 2003 et 2004, Belles Lettres, Paris, 432 et 428 pages

- Smith**, Adam, *La Théorie des Sentiments Moraux*, [1759] 2003, PUF, Paris, Quadrige, 480 pages
- Terré**, François, *Introduction Générale au Droit*, 2003, 6^e, Dalloz, Paris, 609 pages
- de **Tocqueville**, Alexis, *De la Démocratie en Amérique I*, 1835, in André Jardin (sous la direction de), *Tocqueville, Œuvres II*, 1992 Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1191 pages, pp 1-480
- Troper**, Michel, **Champeil-Desplats**, Véronique et **Gregorczyk**, Christophe, *Théorie des Contraintes Juridiques*, 2005, LGDJ Bruylant, Paris, 203 pages
- Troper**, Michel, *La Théorie du Droit, Le Droit, L'Etat*, 2001, PUF, Paris, 334 pages
- Truchet**, Didier, *Le Droit Public*, 2006, PUF, Paris, 128 pages
- Varian**, Hal, *Introduction à la Microéconomie*, 2000, De Boeck Université, Tournai, 774 pages
- Watzlawick**, Paul (sous la direction de), *L'Invention de la Réalité, Contribution au Constructivisme*, 1988, Points Seuil, Paris, 377 pages
- Weber**, Max, *L'Éthique Protestante et l'Esprit du Capitalisme*, [1904 et 1905] 1998, Pocket, Paris, 285 pages
- Wittgenstein**, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, [1922] 1993, Gallimard, Tel, Paris, 125 pages

2. ouvrages en langue anglaise

- Alder**, Matthew et **Posner**, Eric (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, University of Chicago Press, Chicago, 351 pages
- Alder**, Matthew et **Posner**, Eric, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, 2006, Harvard University Press, Cambridge, 236 pages
- Aliprantis**, Charalambos et **Charkrabarti**, Subir, *Games and Decision Making*, 2000, Oxford University Press, Oxford, 257 pages
- Anderson**, Elisabeth, *Value in Ethics and Economics*, 1993, Harvard University Press, Cambridge, 245 pages
- Ariely**, Dan, Predictably Irrational, *The Hidden Forces that Shape our Decisions*, Harper Collins, London, 280 pages
- Armentano**, Dominick, *The Myths of Antitrust: Economic Theory and Legal Cases*, 1972, Arlington House, New Rochelle (NY), 287 pages
- Arrow**, Kenneth, *The Limits of Organization*, 1974, W. W. Norton & Company, New York, 86 pages

Arrow, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, [1951] 1963, Yale University Press, New Haven, 124 pages

Arrow, Kenneth, *Théorie de l'Information et des Organisations*, 2000, Dunod, Théories Economiques, Paris, 304 pages

Arrow, Kenneth et **Hurwicz**, Leonid, *Studies in Ressource Allocation Processes*, [1977] 2007, Cambridge University Press, Cambridge, 576 pages

Arthur, Brian, *Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*, 1994, University of Michigan Press, Ann Arbor, 224 pages

Aumann, Robert, *Collected Papers*, vol 1, 2000, MIT press, Cambridge, 786 pages

Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, 1984, Basic Books, New York, 241 pages

Backhaus, Jürgen (ed), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2e édition, 2005, Edward Elgar Pub, Northampton, 763 pages

Baird, Douglas, **Gertner**, Robert, **Picker**, Randal, *Game Theory and The Law*, 1994, Harvard University Press, Cambridge, 330 pages

Baron, Jonathan, *Thinking and Deciding*, 2000, 3e Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 576 pages

Barro, Robert, *Getting it Right*, 1996, MIT Press, Cambridge, 191 pages

Barzel, Yoram, *Economic Analysis of Property Rights*, Second Edition, 1997, Cambridge University Press, Cambridge, 161 pages

Baumol, William et **Oates**, Wallace, *The Theory of Environmental Policy*, 1988, Cambridge University Press, Cambridge, 312 pages

Becker, Gary, *Accounting for Tastes*, [1996] 1998, Harvard University Press, Harvard, 292 pages

Becker, Gary, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976, Chicago University Press, Chicago, 314 pages

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780, T. Payne, London, 378 pages

Binmore, Ken, *Natural Justice*, 2005, Oxford University Press, Oxford, 207 pages

Binmore, Ken, *Rational Decisions*, 2009, Princeton University Press, Princeton, 200 pages

Black, Duncan, *The Theory of Committees and Elections*, 1958, Cambridge University Press, Cambridge, 242 pages

- Bouckaert**, Boudewijn et **De Geest**, Gerrit (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes
- Bourguine**, Paul et **Nadal**, Jean Pierre, *Cognitive Economics*, 2004, Springer Verlag, Berlin, 479 pages
- Bowles**, Samuel, *Microeconomics*, 2004, Princeton University Press, Princeton, 584 pages
- Brennan**, Geoffrey et **Buchanan**, James, *The Reason of Rules, Constitutional Political Economy*, 1985, Cambridge University Press, Cambridge, 153 pages
- Browning**, Edgar et **Zupan**, Mark, *Microeconomics, Theory and Applications*, 2002, John Wiley et Son, New York, 590 pages
- Buchanan**, James, *The Collected Works of James Buchanan, vol 12 Economic Inquiry and its Logic*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, 502 pages
- Buchanan**, James, *The Collected Works of James Buchanan, vol 16, Choice, Contracts and Constitutions*, 2001, Liberty Fund, Minneapolis, 473 pages
- Buchanan**, James, *Cost and Choice, an inquiry in economic theory*, 1979, University of Chicago Press, Chicago, 120 pages
- Buchanan**, James, *Economics, Between Predictive Science and Moral Philosophy*, 1987, Texas A&M University Press, College Station, 413 pages
- Buchanan**, James et **Tullock**, Gordon, *The Calculus of Consent*, [1962] 1965, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 361 pages
- Byron**, Michael (eds), *Satisficing and Maximizing – Moral Theorists on Practical Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 256 pages
- Calabresi**, Guido, *The Costs of Accident*, 1970, Yale University Press, New Haven, 340 pages
- Casti**, John, *Reality Rules*, 1992, John Wiley & Sons Inc, New York, 2 volumes, 388 pages et 424 pages
- Coase**, Ronald, *The Firm, The Market and The Law*, [1988] 1990, Chicago University Press, Chicago, 226 pages
- Coleman**, James, *Foundations of Social Theory*, 1994, Belknap Press, Cambridge, 1014 pages
- Coleman**, Jules et **Lange**, Oskar (eds), *Law and Economics*, 1992, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Dartmouth/New York University Press, New York, 2 volumes
- Collectif**, Symposium on Efficiency as a Legal Concern, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8

Collectif, Symposium: Law and Economics and the Rule of Law, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21

Cooter, Robert, *The Strategic Constitution*, 2000, Princeton University Press, Princeton, 412 pages

Cooter, Robert et **Ulen**, Thomas, *Law and Economics*, 1^{er} édition, 1988, HarperCollins Publishers, New York, 644 pages

Cooter, Robert et **Ulen**, Thomas, *Law and Economics*, 3e edition, 2000, Addison-Wesley, New York, 545 pages

Cooter, Robert et **Ulen**, Thomas, *Law and Economics*, 2004, 4e edition, Pearson Education, New York, 533 pages

Cropsey, Joseph, *Polity and Economy*, 2001, Saint Augustine's Press, South Bend, 168 pages

Dau-Schmidt, Kenneth et **Ulen**, Thomas, *Law and Economics Anthology*, 1997, Anderson Publishing Company, Cincinnati, 561 pages

Davidson, Donald, *Problems of Rationality*, 2004, Oxford University Press, Oxford, 280 pages

Dawkins, Richard, *The Selfish Gene*, [1976] 2006, Oxford University Press, Oxford, 368 pages

Debreu, Gerard, *Theory of Value*, 1959, John Wiley & sons, New York, 114 pages

Dewey, John, *How we Think*, [1910] 1997, Dover Publications, Mineola, 224 pages

Dixit, Avinash, *Lawlessness and Economics*, 2004, Princeton University Press, Princeton, 167 pages

Dnes, Antony, *The Economics of Law*, 2005, Thomson West, Mason, 226 pages

Dnes, Antony and **Rowthorn**, Robert (eds), *Law and Economics of Marriage & Divorce*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 232 pages

Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, 1995, Oxford University Press, Oxford, 520 pages

Duxbury, Neil, *Random Justice, On Lotteries and Legal Decision Making*, 1999, Oxford University Press, Oxford, 179 pages

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 1977, Harvard University Press, Cambridge, 392 pages

Earl, Peter et **Kemp**, Simon, *The Elgar Companion to Consumer Research and Economic Psychology*, 1999, Edward Elgar publishing, Northampton, 649 pages

Edgeworth, Francis, *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, 1881, Kegan Paul, London, 150 pages

- Ellickson**, Robert, *Order Without Law : How Neighbors Settle Disputes*, [1991] 2005, Harvard University Press, Cambridge, 316 pages
- Elster**, Jon, *Rational Choice*, 1986, New York University Press, New York, 256 pages
- Elster**, Jon et **Roemer**, John (eds), *Interpersonal Comparison of Well Being*, 1993, Cambridge University Press, Cambridge, 410 pages
- Farnsworth**, Ward, *Legal Analyst : A Toolkit for Thinking About the Law*, 2007, University of Chicago Press, Chicago, 326 pages
- Franklin **Fisher**, *Disequilibrium Foundations of Equilibrium Economics*, 1983, Cambridge University Press, Cambridge, 248 pages
- Friedman**, David, *Hidden Order: The Economics of Everyday Life*, 1997, HarperCollins, New York, 352 pages
- Friedman**, David, *Law's Order*, 2000, Princeton University Press, Princeton, 329 pages
- Friedman**, Jeffrey (ed), F.A. Hayek, 1997, *Critical review*, Vol 11, n°1, New Haven, 164 pages
- Friedman**, Jeffrey (ed), Special Issue: Rational Choice Theory and Politics, 1995, *Critical Review*, 300 pages
- Fuller**, Lon, *The Morality Of Law*, revised edition, 1969, Yale University Press, New Haven, 262 pages
- Garrouste**, Pierre et **Ioannides**, Stavros, *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas, Past and Present*, 2001, Edward Elgar Publishing, Northampton, 247 pages
- Georgakopoulos**, Nicholas, *Principles and Methods of Law and Economics*, 2005, Cambridge University Press, Cambridge, 378 pages
- Gigerenzer**, Gerd, *Gut Feelings, The Intelligence of the Unconscious*, Viking, New York, 280 pages
- Gigerenzer**, Gerd et **Engel**, Christopher, *Heuristics and the Law*, 2006, MIT Press, Cambridge, 485 pages
- Gigerenzer**, Gerd et **Selten**, Reinhard, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, 2001, MIT Press, Cambridge, 377 pages
- Gilovich**, Thomas, **Griffin**, Dale et **Kahneman**, Daniel, *Heuristics and Biases, The Psychology of Intuitive Judgment*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 853 pages
- Gintis**, Herbert, *The Bounds of Reason, Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences*, 2009, Princeton University Press, Princeton, 286 pages

Gintis, Herbert, **Bowles**, Samuel, **Boyd**, Robert and **Fehr**, Ernst, *Moral Sentiments and Material Interests, The Foundation of Cooperation in Economic Life*, 2005, MIT Press, Cambridge, 416 pages

Glimcher, Paul, *Decision, Uncertainty, and the Brain, The Science of Neuroeconomics*, 2003, MIT Press, Cambridge, 375 pages

Green, Donald et **Shapiro**, Ian, *Pathologies of Rational Choice Theory*, 1994, Yale University Press, New Haven, 239 pages

Greenawalt, Kent, *Law and Objectivity*, 1992, Oxford University Press, Oxford, 288 pages

Grundmann, Stefan et **Shauer**, Martin (sous la direction de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, Kluwer Law International, Amsterdam, 374 pages

Hackney, James, *Under Cover Science, American Legal Economic Theory and the Quest for Objectivity*, 2006, Duke University Press, Durham, 238 pages

Hands, D Wade, *Reflection Without Rules*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 480 pages

Harford, Tim, *The Logic of Life, The Rational Economics of an Irrational World*, 2008, Random House, New York, 255 pages

Harrison, Jeffrey, *Law and Economics*, 2003, Thomson West, Saint Paul, 381 pages

Harrison, Jeffrey, *Law and Economics, Cases, materials and Behavioral Perspectives*, 2002, Thomson West, Saint Paul, 776 pages

Harrison, Jeffrey et **Theeuwes**, Jules, *Law and Economics*, 2008, W.W. Norton & Company, New York, 552 pages

Harsanyi, John, *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, 1977, Cambridge University Press, Cambridge, 338 pages

Hart, Herbert L. A, *The Concept of Law*, [1961] 1984, Oxford University Press, Oxford, 263 pages

Hausman, Daniel, *The Philosophy of Economics, An Anthology*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 469 pages

Hausman, Daniel et **McPherson**, Michael, *Economic Analysis and Moral Philosophy*, 1996, Cambridge University Press, Cambridge, 249 pages

Hayek, Friedrich, *The Constitution of Liberty*, [1960] 1992, Chicago University Press, Chicago, 568 pages

- Hayek**, Friedrich, *The Counter Revolution of Science*, [1952] 1992, Liberty Fund, Indianapolis, 416 pages
- Hayek**, Friedrich, *The Fatal Conceit*, [1988] 1992, Chicago University Press, Chicago, 180 pages
- Hayek**, Friedrich, *Individualism and Economic Order*, [1948] 1992, Chicago University Press, Chicago, 272 pages
- Hayek**, Friedrich, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Routledge, London, 314 pages
- Hayek**, Friedrich, *The Sensory Order*, [1952] 1995, Chicago University Press, Chicago, 209 pages
- Hayek**, Friedrich, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, Routledge and Kegan Paul, London, 356 pages
- Heap**, Shaun, *Rationality in Economics*, 1989, Blackwell Publishers, Oxford, 238 pages
- Hicks**, John, *Value and Capital*, [1939, 1st] 1946 2d, Oxford University Press, Oxford, 340 pages
- Hildenbrand**, Werner et **Kirman**, Alan, *Equilibrium Analysis*, 1988, Elsevier, North Holland, Amsterdam, 297 pages
- Hirsch**, Werner, *Law and Economics*, 1999, Academic Press, London, 358 pages
- Hogarth**, Robin et **Reder**, Melvin (eds), *Rational Choice – The Contrast Between Economics and Psychology*, 1986, Chicago University Press, Chicago, 342 pages
- Holland**, John, *Adaptations in Natural and Artificial Systems*, 1992, MIT Press, Cambridge, 228 pages
- Holmes**, Oliver, *Common Law*, 1881, Little, Brown, and Company, Boston, 422 pages
- Holmes**, Stephen et **Sunstein**, Cass, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, W.W. Norton and Company, New York, 255 pages
- Horwitz**, Morton, *The Transformation of American Law 1870-1960*, 1992, Oxford University Press, Oxford, 361 pages
- von **Ihering**, Rudolf, *Law As a Mean to an End* (traduction du volume 1 de *Der Zweck im Recht*), 1913, Boston Book Company, Boston, 483 pages
- Jackson**, Howell, **Kaplow**, Louis, **Shavell**, Steven, **Viscusi**, Kip et **Cope**, David, *Analytical Methods for Lawyers*, 2003, Foundation Press, New York, 583 pages
- James**, William, *Pragmatism : A New Name for Some Old Ways of Thinking*, [1931] 2003, Kessinger Publishing, Whitefish, 316 pages

Johnson, Steven, *Emergence*, 2001, Scribner, New York, 286 pages

Kahneman, Daniel et **Tversky**, Amos (eds), *Choices, Values, and Frames*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 840 pages

Kahneman, Daniel et **Tversky**, Amos et **Slovic**, Paul, *Judgment Under Uncertainty*, 1982, Cambridge University Press, Cambridge, 544 pages

Kaplow, Louis et **Shavell**, Steven, *Microeconomics*, 2004, Thomson West Pub, Foundation Press, New York, 87 pages

Katz, Avery, *Foundations of the Economic Approach to Law*, 1998, Foundation press, New York, 442 pages

Kirzner, Israel, *The Driving Force of the Market*, 2000, Routledge, London, 295 pages

Klant, Johannes, *The Nature of Economic Thought*, 1994, Elgar Edward pub, Northampton, 145 pages

Knight, Frank, *The Economic Organization*, [1933] 1951, Augustus M. Kelley, New York, 179 pages

Kolm, Serge Christophe, *Modern Theories of Justice*, 1998, MIT Press, Cambridge, 525 pages

Komesar, Neil, *Imperfect Alternatives, Choosing institutions in law, economics, and public policy*, 1994, University of Chicago Press, Chicago, 287 pages

Kornhauser, Lewis, *Legal Foundations of Economic Analysis of Law*, 2007, exemplaire privé (ouvrage à paraître), 176 pages

Kunda, Ziva, *Social Cognition, making sense of people*, 1999, MIT Press, Cambridge, 602 pages

Kurzweil, Ray, *The Age of Spiritual Machines: When Computers Exceed Human Intelligence*, 1999, Pinguin books, New York, 400 pages

Landes, William et **Posner**, Richard, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, Harvard Belknap Press, Cambridge, 448 pages

Laland, Kevin et **Brown**, Gillian, *Sense & Nonsense, Evolutionary perspectives on human behavior*, 2002, Oxford University Press, Oxford, 369 pages

Langdell, Christopher C, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, 1871, Little, Brown & Co, 1022 pages

Leinfellner, Werner et **Köhler**, Eckhard, *Game Theory, Experience, Rationality*, 1998, Kluwer Academic Publishers, London, 472 pages

Levitt, Steven et **Dubner**, Stephen, *Freakonomics*, 2007, Gallimard, Paris, 336 pages

- Lewis**, David, *Convention : A Philosophical Study*, [1969] 2002, Blackwell Publishers, Oxford, 213 pages
- Luce**, Duncan et **Raiffa**, Howard, *Games and Decision*, [1957] 1985, Dover Publications, Mineola, 509 pages
- Luger**, George (ed), *Computation & Intelligence*, 1995, MIT Press, Cambridge, 735 pages
- Macho-Stadler**, Inès et **Pérez-Castrillo**, David, *An Introduction to the Economics of Information, Incentives and Contracts*, 2001, Oxford University Press, Oxford, 287 pages
- Madison**, James, *Writings*, 1999, Library of America, New York, 966 pages
- Maienschein**, Jane et **Ruse**, Michael, *Biology and the Foundation of Ethics*, 1999, Cambridge University Press, Cambridge, 336 pages
- Mäki**, Uskali (ed) *The Economic World View*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 400 pages
- Mäki**, Uskali (ed), *Fact and Fiction in Economics, Models, Realism and Social Construction*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 384 pages
- Malloy**, Robin Paul, *Law and Economics, A Comparative Approach to Theory and Practice*, 1990, West Publishing Company, Saint Paul, 166 pages
- Malloy**, Robin Paul, *Law and Market Economy*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 179 pages
- Malloy**, Robin Paul, *Law in a Market Context, an Introduction to Market Concepts in Legal Reasoning*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, 260 pages
- Malloy**, Robin Paul et **Braun**, Christopher, *Law and Economics, New and Critical Perspectives*, 1995, Peter Lang Publishing, New York, 459 pages
- Mankiw**, Gregory, *Principles of Economics*, 2004 (3rd Edition), Thomson South Western, Mason (Ohio), 848 pages
- Maoz**, Zeev, *National Choices and International Processes*, 1990, Cambridge University Press, Cambridge, 628 pages
- Marglin**, Stephen, *The Dismal Science, How Thinking Like an Economist Undermines Community*, 2008, Harvard University Press, Cambridge, 359 pages
- Martin**, Michael et **McIntyre**, Lee, *Readings in the Philosophy of Social Science*, 1994, MIT Press, Cambridge, 785 pages

Mas-Colell, Andreu, **Whinston**, Michael D et **Green**, Jerry, *Microeconomic Theory*, 2005, Oxford University Press, Oxford, 981 pages

Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics*, 1998, University of Michigan Press, Ann Arbor, 288 pages

Menger, Carl, *Investigations Into the Method of the Social Sciences*, 1996, Libertarian Press, Grove City, 234 pages

Mercuro, Nicholas (ed), *Law and Economics*, 1989, Kluwer academic publishers, Boston, 264 pages

Mercuro, Nicholas (ed), *Law and Economics*, 2007, Routledge, Londres, 5 volumes, 2000 pages

Mercuro, Nicholas et **Medema**, Steven, *Economics and the Law, From Posner to post-modernism*, 1997, Princeton University Press, Princeton, 235 pages

Miceli, Thomas, *Economics of the Law*, 1997, Oxford University Press, Oxford, 236 pages

Miceli, Thomas, *The Economic Approach to Law*, 2004, Stanford University Press, Stanford, 379 pages

Mirowsky, Philip, *More Heat than Light*, 1991, Cambridge University Press, Cambridge, 462 pages

Mueller, Denis, *Public Choice III*, 2003, Cambridge University Press, Cambridge, 768 pages

Mundell, Robert, *Man and Economics*, 1968, McGraw Hill, New York, 200 pages

Newman, Peter (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes

Nicholes, James H. and **Wright**, Colin (eds), *From Political Economy to Economics And Back?*, 1990, Institute for Contemporary Studies (ICS) press, San Fransisco, 250 pages

Nozick, Robert, *The Nature of Rationality*, 1993, Princeton University Press, Princeton, 226 pages

O'Driscoll, Gerard et **Rizzo**, Mario, *The Economics of Time and Ignorance*, 1996, Routledge, London, 265 pages

Owen, David, *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, Oxford University Press, Oxford, 526 pages

Parisi, Fransceso et **Rowley**, Charles, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, 2005, Edward Elgar Publishing, Northampton, 531 pages

Parisi, Fransceso et **Smith**, Vernon, *The Law and Economics of Irrational Behavior*, 2005, Stanford University Press, Stanford, 613 pages

- Pearson**, Heath, *Origins of Law and Economics, the economist's new science of law 1830-1930*, 2005, Cambridge University Press, Cambridge, 212 pages
- Pennock**, Roland et **Chapman**, John, *Ethics, Economics, & the Law*, Nomos XXIV, 1982, New York University Press, New York, 323 pages
- Petersen**, Karl, *Ergodic Theory (Cambridge Studies in Advance Mathematics)*, 1990, Cambridge University Press, Cambridge, 344 pages
- Plous**, Scott, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, 1993, McGraw-Hill, New York, 352 pages
- Polinsky**, Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, 1983, Little, Brown and Company, Boston, 138 pages
- Polinsky**, Mitchell et **Shavell**, Steven, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages (hors index)
- Posner**, Eric (ed), *Chicago Lectures in Law and Economics*, 2000, Foundations Press, New York, 251 pages
- Posner**, Eric, *Law and Economics*, 2001, International Library of Essays in Law and Legal Theory, Ashgate Publishing, London, 540 pages
- Posner**, Eric, *Law and Social Norms*, 2000, Harvard University Press, Cambridge, 260 pages
- Posner**, Eric (eds), *Social Norms, Nonlegal Sanctions, and the Law*, 2007, Edward Elgar Pub, Northampton, 688 pages
- Posner**, Richard, *Aging the Old Age*, 1997, Chicago University Press, Chicago, 384 pages
- Posner**, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1er edition, 1973, Little Brown and Company, Boston, 415 pages
- Posner**, Richard, *Economic Analysis of Law*, 6^e edition, 2003, Aspen Publishers, New York, 747 pages
- Posner**, Richard, *The Economics of Justice*, 1981, Chicago University Press, Chicago, 415 pages
- Posner**, Richard, *The Essential of Holmes*, 1992, Chicago University Press, Chicago, 372 pages
- Posner**, Richard, *Federal Courts : Crisis and Reforms*, 1985, Harvard University Press, Cambridge, 365 pages
- Posner**, Richard, *Frontiers of Legal Theory*, 2001, Harvard University Press, Cambridge, 453 pages
- Posner**, Richard, *How Judges Think*, 2008, Harvard University Press, Cambridge, 387 pages

Posner, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, Harvard University Press, Cambridge, 398 pages

Posner, Richard, *Overcoming Law*, 1995, Harvard University Press, Cambridge, 597 pages

Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, Harvard University Press, Cambridge, 485 pages

Posner, Richard, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999, Harvard University Press, Cambridge, 320 pages

Posner, Richard, *Sex and Reason*, 1994, Harvard University Press, Cambridge, 468 pages

Posner, Richard et **Parisi**, Francesco, *Law and Economics*, 1997, International Library of Critical Writings in Economics, Edward Elgar pub, Northampton, 3 tomes

Poulton, E.C., *Behavioral Decision Theory*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 314 pages

Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, [1954] 1982, Yale University Press, New Haven, 201 pages

Ramsey, Frank, *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, 1931, Kegan Paul, trench, trubner & co, Londres, 292 pages

Rasmusen, Eric, *Games and Information*, 1994, 2d édition, Blackwell Publishers, Oxford, 478 pages

Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, [1975] 1999, Oxford University Press, Oxford, 224 pages

Redman, Deborah, *The Rise of Political Economy as a Science*, 1997, MIT press, Cambridge, 470 pages

Rhoads, Steven, *The Economist's View of the World*, 1985, Cambridge University Press, Cambridge, 331 pages

Rodrik, Dani, *In Search of Prosperity : Analytical Narratives on Economic Growth*, 2003 Princeton University Press, Princeton, 520 pages

Rosenfeld, Michel, *Just Interpretation, Law Between Ethics and Politics*, 1998, University of California Press, Berkley, 296 pages

Ross, Alf, *On Law and Justice*, 1959, University of California Press, Berkeley, 383 pages

Ross, Don, *Economic Theory and Cognitive Science, Microexplanation*, 2005, MIT Press, Cambridge, 444 pages

Sacks, Oliver, *An Anthropologist on Mars*, 1995, Vintage Books, New York, 328 pages

- Samuels**, Warren J., *Law and Economics, The Early Journal Literature*, 1998, Pickering & Chatto, London, 2 volumes
- Samuels**, Warren J (ed), *The Chicago School of Political Economy*, 1993, Transaction Publishers, London, 525 pages
- Salanié**, Bernard, *Microeconomics of Market Failures*, 2000, MIT press, Cambridge, 219 pages
- Samuelson**, Paul, *Foundations of Economic Analysis*, 1947, Harvard University Press, Cambridge, 379 pages
- Sapir**, Edward, *Culture, Language and Personality, Selected Essays*, 1985, University of California Press, Berkley, 617 pages
- Savage**, Leonard, *Foundations of Statistics*, [1954] 1972, Dover Publications, Mineola, 376 pages
- Schäfer**, Hans-Bernd et **Ott**, Claus, *The Economic Analysis of Civil Law*, 2004, Edward Elgar Publishing, Northampton, 473 pages
- Schauer**, Frederick, *Playing By the Rules, A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, 1991, Clarendon Press, Oxford, 254 pages
- Schauer**, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, 2006, Harvard University Press, Cambridge, 384 pages
- Schelling**, Thomas, *The Strategy of Conflict*, [1990] 2005, Harvard University Press, Cambridge, 328 pages
- Schelling**, Thomas, *Micro MOTIVES and MACRObehavior*, [1978] 2006, WW Norton & Company, New York, 270 pages
- Schlag**, Pierre, *The Enchantment of Reason*, 1998, Duke University Press, London, 160 pages
- Schlegel**, John, *American Legal Realism & Empirical Social Science*, 1995, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 418 pages
- Schroeder**, Jeanne, *The Triumph of Venus, The Erotic of the Market*, 2004, University of California Press, Berkley, 318 pages
- Scitovsky**, Tibor, A Note on Welfare Propositions in Economics, 1941, *The Review of Economic Studies*, vol 9, pp 77-88
- Scitovsky**, Tibor, The State of Welfare Economics, 1951, *The American Economic Review*, vol 41, pp 303-315

- Selten**, Reinhard, *Game Theory, Experience, Rationality*, 1998, in Werner Leinfellner et Eckhard Köhler, *Game Theory, Experience, Rationality*, 1998, Kluwer Academic Publishers, London, 472 pages, pp 9-34
- Selten**, Reinhard, What is Bounded Rationality ?, in Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, 2001, MIT Press, Cambridge, 377 pages, pp 13-36
- Sen**, Amartya, Behaviour and the Concept of Preference, 1973, *Economica*, New Series, Vol 40, n°159. pp. 241-259
- Sen**, Amartya, The Discipline of Cost Benefit Analysis, , in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, University of Chicago Press, Chicago, 351 pages, pp 95-116
- Shackle**, Georges, *Epistemics and Economics*, 1992, Transaction Publishers, London, 482 pages
- Shavell**, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, Harvard University Press, Cambridge, 312 pages
- Shavell**, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, Harvard University Press, Cambridge, 737 pages
- Sidgwick**, Henry, *The Principles of Political Economy*, [1883, 1er] 1901, 3e, MacMillan and Co, London, 592 pages
- Simon**, Herbert, *The Shape of Automation for Men and Management*, 1965, Harper & Row, New York, 111 pages
- Skyrms**, Brian, *Evolution of the Social Contract*, 1996, Cambridge University Press, Cambridge, 146 pages
- Skyrms**, Brian, *The Stag Hunt and the Evolution of Social Structure*, 2004, Cambridge University Press, Cambridge, 149 pages
- Smith**, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, [1776] 1977, Chicago University Press, Chicago, 2 volumes en 1, 1152 pages
- Sober**, Elliot, *From a Biological Point of View*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 255 pages
- Sober**, Elliot et **Wilson**, David, *Unto Others : The Evolution and Psychology of Unselfish Behavior*, 1998, Harvard University Press, Cambridge, 416 pages
- Stigler**, George, *The Theory of Price*, 1966, 3^e édition, Macmillan, New York, 355 pages

- Sunstein**, Cass (eds), *Behavioral Law and Economics*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 431 pages
- Sunstein**, Cass, *Why Societies Need Dissent*, 2003, Harvard University Press, Cambridge, 246 pages
- Szenberg**, Michael, **Ramrattan**, Lam et **Gottesman**, Aaron (editeurs), *Samuelsonian Economics in the Twenty First Century*, 2006, Oxford University Press, Oxford, 380 pages
- Taylor**, Alan et **Pacelli**, Allison, *Mathematics and Politics, Strategy, Voting, Power, and Proof*, 2008, Springer, New York, 364 pages
- Toulmin**, Stephen, *The Return to Reason*, 2001, Harvard University Press, Cambridge, 243 pages
- Trebilcock**, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, 1993, Harvard University Press, Cambridge, 310 pages
- Tullock**, Gordon, *Toward a Mathematics of Politics*, 1967, University of Michigan Press, Ann Arbor, 184 pages
- Tvede**, Lars, *The Psychology of Finance*, 2002, John Willey & Sons, New York, 332 pages
- Tyler**, Tom, *Why People Obey the Law*, 2006, Princeton University Press, Princeton, 299 pages
- Veljanovski**, Cento, *The Economics of Law*, 1990, IEA, Hobart Paper 114, London, 95 pages
- Von Neumann**, John et **Morgenstern**, Oskar, *Theory of Games and Economic Behavior*, [1947] 1990, Princeton University Press, Princeton, 641 pages
- Wahl**, Jenny, *Law and Economics*, 1998, Garland Publishing, New York, 3 tomes
- Walliser**, Bernard, *L'Economie Cognitive*, 2000, Odile Jacob, Paris, 258 pages
- Wang**, Hao, *A Logical Journey : From Godel to Philosophy*, 1997, MIT Press, Cambridge, 432 pages
- White**, Mark, *Theoretical Foundations of Law and Economics*, 2009, Cambridge University Press, Cambridge, 302 pages
- Williamson**, Olivier, *The Economic Institutions of Capitalism*, [1985] 1998, Free Press, New York, 468 pages
- Wilson**, Robert et **Keil**, Frank, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, 1999, MIT Press, Cambridge, 964 pages
- Wittman**, Donald, *An Economic Analysis of Law*, Selected readings, 2002, Blackwell Publishing, Padstow, 352 pages
- Wolf**, Charles, *Markets or Governments, Choosing between imperfect alternatives*, 1993 (2d), MIT Press, Cambridge, 238 pages

Zerbe, Richard, *Economic Efficiency in Law and Economics*, 2001, Edward Elgar Publishing, Northampton, 328 pages

II. Articles

1. articles en langue française

Allais, Maurice, Le Comportement de l'Homme Rationnel devant le Risque: Critique des Postulats et Axiomes de l'Ecole Américaine, 1953, *Econometrica* vol 21, n°4, pp 503-546

Allais, Maurice, Puissance et Dangers de l'Utilisation de l'Outil Mathématique en Economique, 1954, *Econometrica*, vol 22, pp 58-71

Bastiat, Frederic, Ce Qu'On Voit et Ce Qu'On Ne Voit Pas, 1850, in Frederic Bastiat, *Ce Qu'On Voit et Ce Qu'On Ne Voit Pas, Choix de Sophismes et Pamphlets Economiques*, 2004, Romillat, Paris, 286 pages, pp 189-241

Bertrand, Elodie, La Thèse d'Efficiencence du « Théorème de Coase », Quelle Critique de la Microéconomie, 2006, *Revue Economique*, vol 57, pp 983-1008

Bouvier, Alban, Les Modèles Economiques des Acteurs Sociaux, 2005, In Alain Leroux et Pierre Livet, *Leçons de Philosophie Economique*, tome 1, 2005, Economica, Paris, 443 pages, pp 41-82

Bouyssou, Denis et **Pirlot**, Marc, Un cadre axiomatique commun pour la théorie de l'utilité espérée et la théorie de la décision qualitative, in Collectif, *Rencontres francophones sur la logique floue et ses applications*, 2004, Cepadues-Éditions, toulouse, 400 pages, pp 355-362

Constant, Benjamin, De la Liberté des Anciens Comparée à Celle des Modernes 1819, in Benjamin Constant, *Ecrits Politiques*, 1997, Gallimard Paris, 870 pages, pp 593-595

de Villé, Philippe, Comportements concurrentiels et équilibre général : de la nécessité des institutions, 1990, *Economie Appliquée*, tome 18, pp 9-34

Deffains, Bruno et **Ferey**, Samuel, Théorie du Droit et Analyse Economique, 2007, *Droits*, vol 45, pp 223-254

Elster, Jon, Droit et Causalité, in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats et Christophe Gregorczyk, *Théorie des Contraintes Juridiques*, 2005, LGDJ Bruylant, Paris, 203 pages, pp 117-121

Fisher, Franklin, La formation des Grandeurs Economiques : Déséquilibre et Instabilité, in Jean Cartelier, *La Formation des Grandeurs Economiques*, 1991, PUF, Paris, 357 pages, pp 19-55

Frison-Roche, Marie-Anne, L'Intérêt pour le Système Juridique de l'Analyse Economique du Droit, in Collectif, *Les Petites Affiches*, L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche, 2005, n°99, 95 pages, pp 15-22.

Frydman, Benoît, Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice, l'école de l'analyse économique du droit, in Andreani Tony Rosen, *Structure, Système, Champ et Théorie du Sujet*, 2000, L'Harmattan, Paris, 343 pages, pp 127-146

Godfroy-Genin, Anne Sophie, Pascal : La Géométrie du Hasard, 2000, *Mathématique et Sciences Humaines*, n°150, pp 7-39

Hauriou, Maurice, L'Ordre Social, la Justice et le Droit, 1927, *Revue trimestrielle de droit*, pp 795-825

Jamin, Christophe, Economie et Droit, in Denis Alland et Stéphane Rials (eds), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, 2003, Lamy/Puf, Paris, 1680 pages, pp 578-581

Jamin, Christophe, Que Répondre à Eric Brousseau? (Je n'ai Presque Rien à Dire à un Economiste), in Collectif, *Les Petites Affiches*, L'Analyse Economique du Droit, Quelques Points d'Accroche, 2005, n°99, 95 pages, pp 54-59

Lagueux, Maurice, *L'Agent Economique, Rationalité Maximale ou Minimale ?*, 2005, Cahiers d'Epistémologie, 2005-06, disponible sur :

<http://www.unites.uqam.ca/philo/recherche/grec/grec.html>

Lanneau, Régis, Analyse Economique et Analyse Juridique du Droit : Quelques Clarifications, 2009, *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif*, 2009-2, pp 557-574

Laslier, Jean François, La Rationalité Economique, 2005, In Alain Leroux et Pierre Livet, *Leçons de Philosophie Economique*, tome 1, 2005, Economica, Paris, 443 pages, pp 165-181

Laville, Frédéric, Modélisations de la Rationalité Limitée : De Quels Outils Dispose-t-on ?, 1998, *Revue Economique*, vol 49, pp 335-365

Lenoir, Noëlle, Le Métier de Juge Constitutionnel, Entretien avec Noëlle Lenoir, 2001, *Le Débat*, n°114, pp 178-192

Mackaay, Ejan, Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?, 1987, *Revue de recherche juridique*, pp 419-427

Ménard, Claude, La Machine et le Coeur, in André Lichnerowicz, François Perroux et Gilbert Gadoffre (eds), *Analogie et Connaissance*, tome 2, 1980, Maloine, Paris, 270 pages, pp 137-151

- Millard**, Eric, L'Analyse Economique du Droit, Un Regard Empiriste Critique, 2008, *Revue de la Recherche Juridique, Cahiers de Méthodologie n°22*, pp 2523-2528
- Mongin**, Philippe, La Conception Dédutive de l'Explication Scientifique et l'Economie, 2001, *Cahier du laboratoire d'économétrie*, Ecole Polytechnique, 25 pages
- Mongin**, Philippe, Le Principe de Rationalité et l'Unité des Sciences Sociales, 2002, *Revue Economique*, vol 53, pp 301-323
- Mongin**, Philippe, Les Préférences Révélées et la Formation de la Théorie du Consommateur, 2000, *Revue économique*, Vol 51, n°5, "Revue économique." 1950-2000: Un demi-siècle en perspective, pp. 1125-1152
- Mongin**, Philippe, Modèle Rationnel ou Modèle Economique de Rationalité ?, 1984, *Revue Economique*, vol 35, n°1, pp 9-63, spécialement pp 19-20
- Muir-Watt**, Horatia, Les Forces de Résistance à l'Analyse Economique du Droit dans le Droit Civil, in Bruno Deffains, *L'Analyse Economique du Droit dans les Pays de Droit Civil*, 2002, Cujas, Paris, 396 pages, pp 37-45
- Orléan**, André, Contagion des Opinions et Fonctionnement des marchés financiers, 1992, *Revue Economique*, vol 43, pp 685-697
- Ost**, François, Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge-Entraîneur, Trois Modèles de Justice, in Philippe Gérard, Michel van de Kerchove, François Ost, *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire: Transformations et Déplacements*, 1983, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 584 pages, pp 1-70
- Popper**, Karl, La Rationalité et le Statut du Principe de Rationalité, in Emil M. Claassen (eds), *Les Fondements philosophiques des systèmes économiques*, 1967, Payot, Paris, 523 pages, pp. 142-150
- Raynouard**, Arnaud, Faut-Il Avoir Recours à L'Analyse Economique du Droit (AED) pour Assurer l'Efficacité Economique du Droit ?, 2008, *Revue de la Recherche Juridique, Cahiers de Méthodologie Juridique n°2*, 2008-5, pp 2509-2521
- Sen**, Amartya, Les Idiots Rationnels, 1977, in *Ethique et Economie*, 2002, PUF, Paris, 364 pages, pp 87-116
- Simonnot**, Philippe, Pousser le raisonnement juridique jusqu'au bout, entretien avec Gary Becker, in *Le Monde*, 7 juin 2002
- Smith**, B., L'esprit connexionniste, une étude de la psychologie de Hayek, 1999, *Intellectica*, 1999/1, 28, pp 93-114

Sperber, Dan, Individualisme Méthodologique et Cognitivism, in Raymond Boudon, Almand Bouvier et François Chazel, *Cognition et sciences sociales*, 1999, Puf, Paris, 288 pages, pp 123-136

Troper, Michel, Interprétation, in Denis Alland et Stéphane Rials (eds), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, 2003, Lamy/Puf, Paris, 1680 pages, pp 843-847

Vedel, Georges, Neuf Ans au Conseil constitutionnel, 1989, *Le Débat*, n°55, pp 49-56

2. articles en langue anglaise

Abdellaoui, Mohammed, Rational Choice under Uncertainty, in Paul Bourguine et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, 2004, Springer Verlag, Berlin, 479 pages, pp 15-32

Aivazian, Varouj et **Callen**, Jeffrey, The Coase Theorem and the Empty Core, 1981, *Journal of Law and Economics*, vol 24, pp 175-181

Akerlof, George, The Economics of Caste and of Rate Race and Other Woeful Tales, 1976, *Quarterly Journal of Economics*, vol 90, pp 599-617

Akerlof, George, The Market for Lemons : quality uncertainty and the market mechanism, 1970, *Quarterly Journal of Economics*, vol 84, pp 488-500

Alchian, Armen, Some Economics of Property Rights, 1965 in Armen Alchian (ed), *Economic Forces at Work*, 1977, Liberty Fund, Indianapolis, 524 pages, pp 111-123

Alchian, Armen et **Demsetz**, Harold, The Property Rights Paradigm, 1973, *Journal of Economic History*, vol 33, pp 16-27

Alder, Matthew, Expressive Theory of Law, a skeptical overview, 2000, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, n°5, pp. 1363-1501

Alder, Matthew et **Posner**, Eric, Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences are Distorted, in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, University of Chicago Press, Chicago, 351 pages, pp 269-311

Allen, Douglas, Transaction Costs, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, volume 1, pp 893-926

Anand, Paul, The philosophy of intransitive preferences, 1993, *The Economic Journal*, Vol 103, n°417, pp 337-346

Anderson, Elizabeth et **Pildes**, Richard, Expressive Theory of Law, a general restatement, 2000, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, N°5, pp. 1503-1575

Andrew Hansen, F., The Effect of Judicial Institutions on Uncertainty and the Rate of Litigation : The Election versus Appointment of State Judges, 1999, *Journal of Legal Studies*, vol 28, pp 205-232

Andrew Hansen, F., Is There a Politically Optimal Level of Judicial Independence?, 2004, *American Economic Review*, vol 94, pp 712-729

Archibald, G.; **Simon**, Herbert; **Samuelson**, Paul, Comment, 1963, *The American Economic Review*, Vol 53, n°2, Papers and Proceedings of the Seventy-Fifth Annual Meeting of the American Economic Association. pp. 227-236

Arkes, Hal et **Blumer**, Catherine, The Psychology of Sunk Cost, 1985, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol 35, pp 124-140

Arlen, Jennifer, Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, 1998, *Vanderbilt Law Review*, vol 52, pp 1765-1788

Arrow, Kenneth, Little's Critique of Welfare Economics, 1951, *The American Economic Review*, vol 41, pp 923-934

Arrow, Kenneth, Rationality of Self and Others in an Economic System, 1986, *The Journal of Business*, Vol 59, pp S385-S399

Arrow, Kenneth, Towards a Theory of Price Adjustment, 1959, in Kenneth Arrow et Leonid Hurwicz, *Studies in Resource Allocation Processes*, [1977] 2007, Cambridge University Press, Cambridge, 576 pages, pp 380-392

Arrow, Kenneth, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, 1963, *American Economic Review*, vol 53, pp 941-973

Arrow, Kenneth, **Block**, H. D et **Hurwicz**, Leonid, On the Stability of Competitive Equilibrium II, 1959, *Econometrica*, vol 27, pp 82-109

Arrow, Kenneth et **Hurwicz**, Leonid, On the Stability of Competitive Equilibrium I, 1958, *Econometrica*, vol 26, pp 522-552

Arthur, Brian, Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Small Event, 1989, *The Economic Journal*, vol 99, pp 116-131

Arthur, Brian, Positive Feedback in the Economy, 1990, *Scientific American*, vol 262, pp 92-99

Arthur, Brian, **Ermoliev**, Uri et **Kaniovski**, Yuri, Path Dependent Processes and the Emergence of Macrostructure, 1987, *European Journal of Operational Research*, vol 30, pp 294-303

- Aubin**, Jean Pierre, Elements of Viability Theory for the Analysis of Dynamic Economics, in Paul Bourguine et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, 2004, Springer Verlag, Berlin, 479 pages, pp 245-266
- Aumann**, Robert, Backward Induction and Common Knowledge of Rationality, 1995, in Robert Aumann, *Collected Papers*, vol 1, 2000, MIT press, Cambridge, 786 pages, pp 635-648
- Avraham**, Ronen, **Fortus**, David et **Logue**, Kyle, Revisiting the Role of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution : A Response to Kaplow & Shavell, 2004, *Iowa Law Review*, vol 89, pp 1125-1158
- Axelrod**, Robert, Evolutionary Approach to Norms, 1986, *The American Political Science Review*, vol 80, pp 1095-1111
- Babcock**, Linda et **Loewenstein**, George, Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self Serving Biases, 1997, *Journal of Economic Perspectives*, vol 11, pp 109-126
- Backer**, Lynn et **Emery**, Robert, When Every Relationship Is above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, 1993, *Law and Human Behavior*, vol 17, pp 439-450
- Backer**, Tom, On the Genealogy of Moral Hazard, 1996, *Texas Law Review*, vol 75, pp 237-292
- Backhouse**, Roger, If Mathematics is Informal, Then Perhaps We Should Accept That Economics Must Be Informal Too, 1998, *The Economic Journal*, vol 108, pp 1848-1858
- Baird**, Douglas, The Future of Law and Economics : Looking Forwards, 1997, *University of Chicago Law Review*, vol 64, pp 1129-1165
- Bar-Gill**, Oren et **Fershtman**, Chaim, Law and Preferences, 2004, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol 20, pp 331-352
- Barro**, Robert et **Gordon**, David, Rules, discretion and reputation in a model of monetary policy, 1983, *Journal of Monetary Economics*, vol 12, pp 101-121
- Bechara**, Antoine et **Damasio**, Antonio, The Somatic Marker Hypothesis, A neural theory of economic decision, 2005, *Game and Economic Behavior*, vol 52, pp 336-372
- Becker**, Gary, Nobel Lecture : The Economic Way of Looking at Behavior, 1993, *The Journal of Political Economy*, Vol. 101, N°3, pp. 385-409
- Becker**, Gary et **Stigler**, George, De Gustibus Non Est Disputandum, 1977, *The American Economic Review*, vol 67, n°2, pp 76-90

- Beed**, Clive, Philosophy of Science and Contemporary Economics: An Overview, 1991, *Journal of Post Keynesian Economics*, vol 13, pp 459-494
- Bendor**, Jonathan et **Swistak**, Piotr, The Evolution of Norms, 2001, *American Journal of Sociology*, vol 106, pp 1493-1545
- Bennet**, Edmund, High Court of Justice. Court of Appeal. Sturges v. Bridgman, 1880, *The American Law Register (1852-1891)*, vol 28, pp 348-355
- Bergson**, Abraham, On Monopoly Welfare Losses, 1973, *American Economic Review*, vol 63, pp 853-870
- Bernholz**, Peter, Property Rights, Contracts, Cyclical Social preferences, and the Coase Theorem: a Synthesis, 1997, *European Journal of Political Economy*, vol 13, pp 419-442
- Bernstein**, Lisa, Opting out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, 1992, *Journal of Legal Studies*, vol 21, pp 115-157
- BeVier**, Lillian, Law, Economics, and the Power of the State, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 5-10
- Binmore**, Ken, Interpersonal Comparison of Utility, 2007, *ELSE working paper*, n°264, disponible sur le site <http://else.econ.ucl.ac.uk/newweb/papers.php>, 20 pages
- Binmore**, Ken, Rationality in the Centipede, 1994, in Ronald Fagin (ed), *Theoretical Aspects of Reasoning About Knowledge: Proceedings of the Fifth Conference*, Morgan Kaufmann, San Francisco, 340 pages, pp 150-159
- Black**, Duncan, On Arrow's Impossibility Theorem, 1969, *Journal of Law and Economics*, vol 12, pp 227-248
- Blackorby**, Charles et **Donaldson**, David, A Review Article: The Case Against the Use of the Sum Compensating Variations in Cost Benefit Analysis, 1990, *The Canadian Journal of Economics*, vol 23, pp 471-494
- Blanchard**, Olivier et **Summers**, Lawrence, Hysteresis and the European Unemployment Problem, 1986, *NBER Macroeconomics Annual*, vol 1, pp 15-78
- Blaug**, Mark, Is Competition Such a Good Thing ? Static Efficiency Versus Dynamic Efficiency, 2001, *Review of Industrial Organization*, vol 19, pp 37-48
- Block-Lieb**, Susan et **Janjer**, Edward, The Myth of Rational Borrower: Rationality, Behavioralism, and the Misguided "Reform" of Bankruptcy Law, 2006, *Texas Law Review*, vol 84, pp 1481-1565

- Blondeel**, Jean, La Common Law et le Droit Civil, 1951, *Revue Internationale de Droit Comparée*, vol 3, pp 585-598
- Blumkin**, Tomer et **Margalioth**, Yoram, On the Limits of Redistributive Taxation : Establishing a Case for Equity Inform Legal Rules, 2005, *Virginia Tax Review*, vol 25, pp 1-29
- Boadway**, Robin, The Welfare Foundations of Cost Benefit Analysis, 1974, *The Economic Journal*, vol 84, pp 926-939, p 938
- Boettke**, Peter, Where did economics go wrong?, in Jeffrey Friedman (sous la direction de), F.A. Hayek, 1997, *Critical review*, Vol 11, n°1, New Haven, 164 pages, pp 11-64
- Boland**, Lawrence, A critique of Friedman's Critics, 1979, *Journal of Economic Literature*, vol 17, n°2, pp 503-522
- Boland**, Lawrence, On the Futility of Criticizing the Neoclassical Maximization Hypothesis, 1981, *The American Economic Review*, n°71, pp 1031-1036
- Bradford De Long**, J et **Summers**, Lawrence, Is Increased Price Flexibility Stabilizing ?, 1986, *American Economic Review*, vol 76, pp 1031-1044
- Brandeis**, Louis, The Living Law, 1916, *Illinois Law Review*, vol 10, pp 461-471
- Buchanan**, James, Ceteris Paribus, Some Notes on Methodology, 1958, *Southern Economic Journal*, vol 24, pp 259-270
- Buchanan**, James, The Constitution of Economic Policy, 1986, Nobel Lecture, in James Buchanan, *Economics, Between Predictive Science and Moral Philosophy*, 1987, Texas A&M University Press, College Station, 413 pages, pp 303-314
- Buchanan**, James, Good Economics, Bad Law, 1974, *Virginia Law Review*, vol 60, pp 483-492
- Buchanan**, James, How Can Constitutions be Designed so that Politicians Who Seek to Serve « Public Interest » can Survive and Prosper ?, 1993, in James Buchanan, *The Collected Works of James Buchanan, vol 16, Choice, Contracts and Constitutions*, 2001, Liberty Fund, Minneapolis, 473 pages, pp 148-154
- Buchanan**, James, Is Economics The Science of Choice?, in *The Collected Works of James Buchanan*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, Vol 12, 502 pages, pp 3-21
- Buchanan**, James, Social Choice, Democracy, and Free Markets, 1954, *Journal of Political Economy*, vol 62, pp 114-123

- Buchanan**, James, There is a Science of Economics, 1997, in James Buchanan, *The Collected Works of James Buchanan, vol 12 Economic Inquiry and its Logic*, 2000, Liberty Fund, Indianapolis, 502 pages, pp 30-43
- Buchanan**, James et **Stubblebine**, W Craig, Externality, 1962, *Economica*, vol 29, pp 371-384
- Butler**, Brian, Posner's Problem With Moral Philosophy, 2000, *University of Chicago Law School Roundtable*, vol 7, pp 325-343
- Calabresi**, Guido, About Law and Economics : A Letter to Ronald Dworkin, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 552-562
- Calabresi**, Guido, The Decision for Accidents : An Approach to Non Fault Allocation for Costs, 1965, *Harvard Law Review*, vol 78, pp 713-745
- Calabresi**, Guido, The Pointlessness of Pareto : Carrying Coase Further, 1991, *Yale Law Journal*, vol 100, pp 1211-1237
- Calabresi**, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 1961, *Yale Law Journal*, vol 70, pp 499-553
- Calabresi**, Guido, Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 67-73
- Calabresi**, Guido and **Melamed**, Douglas, Property rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral, 1972, *Harvard Law Review*, vol 85, pp 1089-1128
- Caldwell**, Bruce, A Critique of Friedman's Methodological Instrumentalism, 1980, *Southern Economic Journal*, vol 47, n°2, pp 366-374
- Caldwell**, Bruce, Hayek and Cultural Evolution, in Uskali Mäki (sous la direction de), *Facts and Fiction in Economics*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 384 pages, pp 285-303
- Camerer**, Colin et **Thaler**, Richard, Anomalies : Ultimatums, Dictators and Manners, 1995, *The Journal of Economic Perspectives*, vol 9, pp 209-219
- Campbell**, Donald, Reforms as Experiments, 1969, *American Psychologist*, vol 24, pp 409-429
- Ceasar**, Allen, The Saint Petersburg Paradox and Some Related Series, in *The Two-Year College Mathematics Journal*, 1981, Vol. 12, No. 5., pp. 306-308
- Chang**, Howard, The Possibility of a Fair Paretian, 2000, *Yale Law Journal*, vol 110, pp 251-258
- Charles**, Kerwin Kofi et **Stephens**, Melvin, Abortion Legalization and Adolescent Substance Use, 2006, *Journal of Law and Economics*, vol 49, pp 481-505

- Cheung**, Steven, The Transaction Costs Paradigm, 1998, *Economic Inquiry*, vol 36, pp 514-521
- Chick**, Victoria, On Knowing One's Place : The Role of Formalism in Economics, 1998, *The Economic Journal*, vol 108, pp 1859-1869
- Chou**, Shin-Yi, **Rashad**, Inas, et **Grossman**, Michael, Fast Food Restaurant Advertising on Television and Its Influence on Childhood Obesity, 2008, *Journal of Law and Economics*, vol 51, pp 599-618
- Coase**, Ronald, The Coase Theorem and the Empty Core: A Comment, 1981, *Journal of Law and Economics*, vol 24, pp 183-187
- Coase**, Ronald, Director, Aaron, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 1, pp 601-604
- Coase**, Ronald, The Federal Communications Commission, 1959, *Journal of Law and Economics*, vol 2, pp 1-40
- Coase**, Ronald, The Institutional Structure of Production, 1992, *American Economic Review*, vol 82, pp 713-719
- Coase**, Ronald, Law and Economics at Chicago, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp 239-254
- Coase**, Ronald, The Nature of The Firm, 1937, *Economica*, vol 4, pp 386-405
- Coase**, Ronald, The Nature of the Firm: Origin, 1988, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol 4, pp 3-17
- Coase**, Ronald, The New Institutional Economics, 1984, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol 144, pp 229-231
- Coase**, Ronald, Notes on the Problem of Social Costs, in Ronald Coase, *The Firm, The Market and The Law*, [1988] 1990, Chicago University Press, Chicago, 226 pages, pp 157-186
- Coase**, Ronald, The Problem of Social Cost, 1960, *Journal of Law and Economics*, vol 3, pp 1-44
- Coase**, Ronald, The Relevance of Transaction Costs in the Economic Analysis of Law, in Francesco Parisi et Charles Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, 2005, Edward Elgar Publishing, Northampton, 531 pages, pp 199-221, p 208
- Cole**, Daniel et **Grossman**, Peter, The Meaning of Property "rights": Law vs Economics, 2002, *Land Economics*, vol 78, pp 317-330
- Coleman**, James, Internal Processes Governing Party Positions in Elections, 1971, *Public Choice*, vol 11, pp 35-60

- Coleman**, Jules, The Economic Analysis of Law, in Roland Pennock et John Chapman, *Ethics, Economics, & the Law*, Nomos XXIV, 1982, New York University Press, New York, 323 pages, pp 83-103
- Collectif**, Roundtable Discussion, Must we Choose Between Rationality and Irrationality, 2005, *Chicago Kent Law Review*, vol 80, pp 1257-1284
- Cooter**, Robert, The Cost of Coase, 1982, *Journal of Legal Studies*, vol 11, pp 1-33
- Cooter**, Robert, Expressive Law and Economics, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, n°2, pp 585-608
- Cooter**, Robert, Law and the Imperialism of Economics: an Introduction to Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books, 1981-1982, *UCLA Law Review*, vol 29, pp 1160-1169
- Cooter**, Robert, Market Affirmative Action, 1994, *San Diego Law Review*, vol 31, pp 133-168
- Cooter**, Robert, Prices and Sanctions, 1984, *Columbia Law Review*, vol 84, pp 1523-1560
- Cooter**, Robert, Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 1-22
- Cooter**, Robert et **Kornhauser**, Lewis, Can Litigation Improve the Law Without the Help of the Judges, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 139-163
- Cowen**, Tyler, How do Economists Think About Rationality, in Michael Byron (eds), *Satisficing and Maximizing – Moral Theorists on Practical Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 256 pages, pp 213-236
- Cropsey**, Joseph, On the relation of Political Science and Economics, in *The American Political Science Review*, 1960, vol 54, n°1, pp 3-14
- D'Aspremont**, C., **Gabszewic**, J. Jaskold et **Thisse**, J.F, On Hotelling's « Stability in Competition », 1979, *Econometrica*, pp 1145-1150
- Daguspa**, Partha et **Stiglitz**, Joseph, Uncertainty, Industrial Structure, and the Speed of R&D, 1996, *Bell Journal of Economics*, vol 11, pp 1-28
- Dahlman**, Carl, The Problem of Externality, 1979, *Journal of Law and Economics*, vol 22, pp 141-162
- Dau-Schmidt**, Kenneth et **Brun**, Carmen, Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe, 2006, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol 44, pp 602-621
- David**, Paul, Clio and the Economics of QWERTY, 1985, *American Economic Review*, vol 75, pp 332-337

- David**, Paul, Path Dependence : A Foundational Concept for Historical Social Science, 2007, *Cliometrica*, vol 1, pp 91-114
- David**, Paul, Path Dependence and the Quest for Historical Economics, One More Chorus of the Ballad of QWERTY, 20 novembre 1997, *Discussion Papers in Economic and Social History*, University of Oxford, 48 pages
- David**, Paul, Path Dependence, Its Critics and the Quest of ‘Historical Economics’, 1997, in Pierre Garrouste et Stavros Ioannides, *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas, Past and Present*, 2001, Edward Elgar Publishing, Northampton, 247 pages, pp 15-40
- de Bornier**, Jean, The Coase Theorem and the Empty Core: A Re-examination, 1986, *International Review of Law and Economics*, vol 6, pp 265-271
- de Meza**, David, Coase Theorem, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, volume 1, pp 270-282
- Debreu**, Gerard, Economies with a Finite Set of Equilibria, 1970, *Econometrica*, vol 38, pp 387-392
- Debreu**, Gerard, Excess Demand Function, 1974, *Journal of Mathematical Economics*, vol 1, pp 15-21
- Del Vecchio**, Giorgio, Law and Economics, 1932, *Journal of Social Philosophy*, vol 1, pp 341-363
- Demsetz**, Harold, Some Aspects of Property Rights, 1966, *Journal of Law and Economics*, vol 9, pp 61-70
- Demsetz**, Harold, When Does the Rules of Liability Matter, 1972, *Journal of Legal Studies*, vol 1, pp 13-28
- Demsetz**, Harold, Why Regulate Utilities ?, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 55-65
- Diesing**, Paul, The Nature and Limitations of Economic Rationality, 1950, *Ethics*, vol 61, n°1, pp 12-26
- Diver**, Colin, The Optimality of Administrative Rules, 1983, *Yale Law Journal*, vol 93, pp 65-110
- Donohue**, John III, Discrimination in Employment, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 1, pp 615-624
- Donohue**, John III, Some Thoughts on Law and Economics and the general Theory of Second Best, 1998, *Chicago Kent Law Review*, vol 73, pp 257-266

- Dorff**, Michael, Why Welfare Depends on Fairness, A Reply to Kaplow and Shavell, 2002, *Southern California Law Review*, vol 75, pp 847-899
- Downs**, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, Harper and Row, New York, 310 pages
- Duffie**, Darel et **Sonnenschein**, Hugo, Arrow and General Equilibrium Theory, 1989, *Journal of Economic Literature*, vol 27, pp 565-598
- Duxbury**, Neil, Do Markets Degrade, 1996, *Modern Law Review*, vol 59, pp 331-348
- Dworkin**, Ronald, Darwin's New Bulldog, 1998, *Harvard Law Review*, vol 111, pp 1718-1738
- Dworkin**, Ronald, Is Wealth a Value ?, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 191-226
- Dworkin**, Ronald, Why Efficiency ? A Response to Professors Calabresi and Posner, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 563-590
- Easterbrook**, Frank, Foreword: The Court and the Economic System, 1984, *Harvard Law Review*, Vol 98, N° 1, pp 4-60
- Easterbrook**, Frank, Ways of Criticizing the Court, 1982, *Harvard Law Review*, vol 95, pp 802-832
- Eddy**, David, Probabilistic Reasoning in Clinical Medecine, Problems and Opportunities, 1982, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, 1982, Cambridge University Press, Cambridge, 544 pages, pp 249-267
- Ehrlich**, Isaac et **Posner**, Richard, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, 1974, *Journal of Legal Studies*, vol 3, pp 257-286
- Ellickson**, Robert, The Case for Coase and Against « Coaseanism », 1989, *Yale Law Journal*, vol 99, pp 611-630
- Ellickson**, Robert, Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County, 1986, *Stanford Law Review*, Vol. 38, N°3, pp. 623-687
- Ellickson**, Robert, Law and Economics Discovers Social Norms, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 537-552
- Ellsworth**, Phoebe et **Ross**, Lee, Public Opinion and Capital Punishment : A Close Examination of the Views of Abolitionists and Retentionists, 1983, *Crime and Delinquency*, vol 29, pp 116-169
- Elster**, Jon, Social Norms and Economic Theory, 1989, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol 3, N°4, pp 99-117
- Epstein**, Richard, Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, *University of Chicago Law Review*, 1997, vol 64, pp 1167-1174

- Epstein**, Richard, The Optimal Complexity of Legal Rules, in Gerd Gigerenzer et Christopher Engel, *Heuristics and the Law*, 2006, MIT Press, Cambridge, 485 pages, pp 141-157
- Epstein**, Richard, Why Restrain Alienation, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 970-990
- Epstein**, Seymour, Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious, 1994, *American Psychologist*, vol 49, pp 709-724
- Fagin**, Ronald (ed), Theoretical Aspects of Reasoning About Knowledge: Proceedings of the Fifth Conference, Morgan Kaufmann, San Fransisco, 340 pages
- Farrell**, Joseph, Information and the Coase Theorem, 1987, *Journal of Economic Perspectives*, vol 1, pp 113-129
- Ferejohn**, John et **Fiorina**, Morris, The Paradox of Not Voting : A Decision Theoric Analysis, 1974, *American Political Science Review*, vol 68, pp 525-536
- Feyerabend**, Paul, Realism and the Historicity of Knowledge, 1989, *Journal of Philosophy*, vol 86, pp 393-406
- Fink**, Eric, Post Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism : Socio-legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics, *Hastings Law Journal*, 2003-2004, vol 55, pp 931-964
- Fischhoff**, Baruch, For Those Condemned to Study the Past, heuristic and biases in hindsight, 1982, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, 1982, Cambridge University Press, Cambridge, 544 pages, pp 335-353
- Fischhoff**, Baruch, Hindsight \neq Foresight, The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under uncertainty, 1975, *Journal of Experimental Psychology : Human Perception and Performance*, vol 1, 288-299
- Fish**, Stanley, Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence, 1990, *University of Chicago Law Review*, vol 57, pp 1447-1475
- Fishburn**, Peter, Arrow's Impossibility Theorem : concise Proof and Infinite Voters, 1970, *Journal of Economic Theory*, vol 2, pp 103-106
- Fisher**, Franklin, On price Adjustment without an Auctioneer, 1972, *Review of Economic Studies*, vol 39, pp 1-15
- Fisher**, Franklin, Stability, Disequilibrium Awareness and the Perception of New Opportunities, 1981, *Econometrica*, vol 49, pp 279-317

- Fisher**, Stanley, Long Term Contracting, Sticky Prices and Monetary Policy: a Comment, 1977, *Journal of Monetary Economics*, vol 3, pp 317-323
- Follesdal**, Dagfinn, The Status of Rationality Assumption in Interpretation and in Explanation of Action, in Michael Martin et Lee McIntyre, *Readings in the Philosophy of Social Science*, 1994, MIT Press, Cambridge, 785 pages, pp 299-310
- Fon**, Vincy et **Parisi**, Francesco, Litigation and the Evolution of Legal Remedies, a Dynamic Model, 2003, *Public Choice*, vol 116, pp 419-433
- Frazer**, William et **Boland**, Lawrence, An Essay of the Foundations of Friedman's Methodology, 1983, *The American Economic Review*, vol 73, n°1, pp 129-144
- Freeborn**, Beth, Arrest Avoidance: law Enforcement and the Price of Cocaine, 2009, *Journal of Law and Economics*, vol 52, pp 19-40
- Friedman**, David, Posner, Richard Allen, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 3, pp 55-62
- Friedman**, David, Reflections on Optimal Punishment, or : Should the Rich Pay Higher Fines, 1981, *Research in Law and Economics*, vol 3, pp 185-205
- Friedman**, Lawrence, The law and society movement, 1986, *Stanford law review*, Vol 38, pp.763-780
- Friedman**, Milton, The Methodology of Positive Economics, 1953, in Daniel Hausman, *The Philosophy of Economics, An Anthology*, 1994, Cambridge University Press, Cambridge, 469 pages, pp 180-213
- Friedman**, Milton et **Savage**, Léonard, The Utility Analysis of Choice Involving Risk, 1948, *The Journal of Political Economy*, vol 56, n°4, pp 279-304
- Furubotn**, Eirik et **Pejovich**, Svetozar, Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent of Recent Literature, 1972, *Journal of Economic Literature*, vol 10, pp 1137-1162
- Furubotn**, Eirik et **Pejovich**, Svetozar, *The Economics of Property Rights*, 1974, Ballinger Publishing, Cambridge, 369 pages
- Galton**, Francis, Regression Towards Mediocrity in Hereditary Stature, 1886, *Journal of Anthropological Institute*, vol 15, pp 246-263
- Garoupa**, Nuno et **Ulen**, Thomas, The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States, 2008, *Alabama Law Review*, vol 59, pp 1555-1633

- Garrat**, Rod, Indivisibilities, Inferior Goods and Giffen Goods, 1997, *Canadian Journal of Economics*, vol 30, n°1, pp 246-251
- Garth**, Bryant, **Sterling**, Joyce, From legal realism to Law and society. Reshaping law for the last stages of the social activist State, *Law and society review*, Vol 22, n°2, 1998, pp. 409-471
- Gazal-Ayal**, Oren, Economic Analysis of Law and Economics, 2007, *Capital University Law Review*, vol 35, pp 787-809
- Gibbard**, Allan et **Varian**, Hal, Economic Models, 1978, *Journal of Philosophy*, vol 75, pp 664-677
- Gigerenzer**, Gerd et **Selten**, Reinhard, Rethinking Rationality, in Gerd Gigerenzer et Reinhard Selten, *Bounded Rationality, The Adaptive Toolbox*, 2001, MIT Press, Cambridge, 377 pages, pp 2-12
- Gintis**, Herbert, **Bowles**, Samuel, **Boyd**, Robert and **Fehr**, Ernst, Moral Sentiments and Material Interests : Origins, Evidence, and Consequences, in Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd et Ernst Fehr, *Moral Sentiments and Material Interests, The Foundations of Cooperation in Economic Life*, 2005, MIT Press, Cambridge, 404 pages, pp 3-39
- Goeree**, Jacob, **Hommes**, Cars, et **Weddepohl**, Clauss, Stability and Complex Dynamics in a Discrete Tatonnement Model, 1998, *Journal of Economics, Behavior and Organization*, vol 33, pp 395-410
- Goodhart**, C.A.E., Economics and the Law, too much one way traffic, 1997, *The Modern Law Review*, vol 60, pp 1-22
- Goodman**, John, An Economic Theory of the Evolution of the Common, Law, 1978, *Journal of Legal Studies*, vol 7, pp 393-406
- Grandmont**, Jean Michel, Transformations of the Commodity Space, Behavioral Heterogeneity and the Aggregation Problem, 1992, *Journal of Economic Theory*, vol 57, pp 1-35
- Grandy**, Richard, Reference, Meaning and Belief, 1973, *Journal of Philosophy*, vol 70, pp 439-452
- Grant**, Robin, Judge Richard Posner's Wealth Maximization Principle: Another Form of Utilitarianism, 1989, *Cardozo Law Review*, vol 10, pp 815-845
- Guth**, Werner, **Schmittberger**, Rolf et **Schwarze**, Bernd, An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, 1982, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 3, pp 367-388
- Guthrie**, Chris, Prospect Theory, Risk Preference and the Law, 2003, *Northwestern University Law Review*, vol 97, pp 1115-1163
- Hackney**, James, Law and Neoclassical Economics theory, *Journal of Socio-Economics*, 2003, vol 32, pp 361-390

- Hadfield**, Gillian, Biases in the Evolution of Legal Rules, 1992, *Georgetown Law Journal*, vol 80, pp 583-616
- Hahn**, Frank, Gross Substitutes and the Dynamic Stability of General Equilibrium, 1958, *Econometrica*, vol 26, pp 169-170
- Hahn**, Frank et **Negishi**, Takashi, A Theorem on Non-Tâtonnement Stability, 1962, *Econometrica*, vol 30, pp 463-469
- Hall**, Robert et **Jones**, Charles, Why do Some Countries Produce so much more Output per Worker than Others?, 1999, *Quarterly Journal of Economics*, vol 114, pp 83-116
- Hammond**, Peter, The Economics of Justice and the Criterion of Wealth Maximization, 1982, *Yale Law Journal*, vol 91, pp 1493-1507
- Hammond**, Peter, Interpersonal Comparison of Utility: Why and How They are and Should be Made, in Jon Elster et John Roemer (eds), *Interpersonal Comparison of Well Being*, 1993, Cambridge University Press, Cambridge, 410 pages, pp 200-234
- Harberger**, Arnold, Monopoly and Resource Allocation, 1954, *American Economic Review*, vol 44, pp 77-87
- Hardin**, Garrett, The Tragedy of the Commons, 1968, *Science*, vol 162, pp 1243-1248
- Hardin**, Russell, Morality of Law and Economics, 1992, *Law and Philosophy*, vol 11, pp 331-384
- Harrington**, Matthew, The Admiralty Origins of Law and Economics, 1998, *Georges Mason Law Review*, vol 7, n°1, pp 105-132
- Harrison**, Glenn et **McKee**, Michael, Experimental Evaluation of the Coase Theorem, 1985, *Journal of Law and Economics*, vol 28, pp 653-670
- Hart**, Herbert L. A, Between Utility and Rights, 1979, *Columbia Law Review*, vol 79, pp 828-848
- Hathaway**, Oona, Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System, 2001, *Iowa Law Review*, vol 86, pp 601-665
- Hatzis**, Aristides, Civil Contract Law and Economic Reasoning – An Unlikely Pair ?, in Stefan Grundmann et Martin Shauer (sous la direction de), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, Kluwer Law International, Amsterdam, 374 pages, pp 159-191
- Hausman**, Daniel, Ceteris Paribus Clauses and Causality in Economics, 1988, *PSA : Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, vol 2 : Symposia and Invited Papers, pp 308-316

- Hausman**, Daniel, The Impossibility of Interpersonal Utility Comparisons, 1995, *Mind*, New Series, vol 104, pp 473-490
- Hausman**, Daniel et **McPherson**, Michael, Taking Ethics Seriously: Economics and Contemporary Moral Philosophy, 1993, *Journal of Economic Literature*, vol 31, pp 671-731
- Hayek**, Friedrich, Degrees of Explanation, in Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, Routledge and Kegan Paul, London, 356 pages, pp 3-21
- Hayek**, Friedrich, The Errors of Constructivism, in Friedrich Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Routledge, London, 314 pages, pp 3-22
- Hayek**, Friedrich, Kinds of Rationalism, in Friedrich Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, Routledge and Kegan Paul, London, 356 pages, pp 82-95
- Hayek**, Friedrich, The Meaning of Competition, 1946, in Friedrich Hayek, *Individualism and Economics Order*, [1948] 1992, Chicago University Press, Chicago, 272 pages, pp 92-106
- Hayek**, Friedrich, Notes on the Evolution of Systems of Conduct, in F.A. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, Routledge and Kegan Paul, London, 356 pages pp 68-81
- Hayek**, Friedrich, The Pretence of Knowledge, in Friedrich *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Routledge, London, 314 pages, pp 23-34
- Hayek**, Friedrich, The Primacy of Abstract, in Friedrich Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Routledge, London, 314 pages, pp 35-49
- Hayek**, Friedrich, The Use of Knowledge in Society, 1945, *American Economic Review*, vol 35, pp 519-530
- Heaton**, Paul, Does Religion Really Reduce Crime?, 2006, *Journal of Law and Economics*, vol 49, pp 147-172
- Hell**, Wolfgang, **Gigerenzer**, Gerd, **Gauggle**, Siegfried, **Mall**, Maria et **Mueller**, Michael, Hindsight Bias, An Interaction of Automatic and Motivational Factors?, 1988, *Memory & Cognition*, vol 16, pp 533-538
- Hempel**, Carl et **Oppenheim**, Paul, Studies in the Logic of Explanation, 1948, *Philosophy of Science*, vol 15, pp 135-175
- Hicks**, John, The Foundations of Welfare Economics, 1939, *The Economic Journal*, vol 49, pp 696-712
- Higgins**, Richard et **Rubin**, Paul, Judicial Discretion, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 129-138

- Hildenbrand**, Werner, On the Law of Demand, 1983, *Econometrica*, vol 51, pp 997-1019
- Hirsch**, Adam, Evolutionary Theories of Common Law Efficiency: Reasons for (Cognitive) Skepticism, 2005, *Florida State University Law Review*, vol 32, pp 425-441
- Hirshleifer**, Jack, Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation versus Conflict Strategies, 1982, *Research in Law and Economics*, vol 4, pp 1-60
- Hirshleifer**, Jack, The Expanding Domain of Economics, in *The Dark Side of the Force*, 2001, Cambridge University Press, Cambridge, 357 pages, pp 306-341
- Hoffman**, Elizabeth, Kevin McCabe et Vernon Smith, On Expectations and the Monetary Stakes in Ultimatum Games, 1996, *International Journal of Game Theory*, vol 25, pp 289-301
- Hohfeld**, Wesley Newcomb, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 1917, *Yale Law Journal*, vol 26, pp 710-770
- Hollis**, Martin et **Sugden**, Robert, Rationality in Action, 1993, *Mind*, New Series, vol 102, n°405, pp 1-35
- Holmes**, Oliver, Codes, and the Arrangement of the Law, 1870, *American Law Review*, vol 5, pp 1-13
- Holmes**, Oliver, The Path of Law, 1897, *Harvard Law Review*, vol 10, pp 457-478
- Horowitz**, John et **McConnell**, Kenneth, A Review of WTA/WTP Studies, 2002, *Journal of Environmental Economics and Management*, vol 44, pp 426-447
- Horwitz**, Morton, Law and Economics: Science of Politics, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 905-912
- Hotelling**, Harold, Stability in Competition, 1929, *Economic Journal*, vol 39, pp 41-57
- Houthakker**, H.S., Revealed Preference and the Utility Function, 1950, *Economica*, New Series, vol 17, pp 159-174
- Herbert **Hovenkamp**, Law and Economics in the United States: a brief historical survey, 1995, *Cambridge Journal of Economics*, vol 19, pp 331-352
- Hovenkamp**, Herbert, Legal Policy and the Endowment Effect, 1991, *Journal of Legal Studies*, vol 20, pp 225-247
- Hovenkamp**, Herbert, Positivism in Law and Economics, 1990, *California Law Review*, vol 78, n°4, pp 815-852

- Hovenkamp**, Herbert, Rationality in Law and Economics, in *The George Washington Law Review*, 1992, vol 60, n°2, pp 293-338
- Hovenkamp**, Herbert, The First Great Law and Economics Movement, *Stanford Law Review*, 1990, vol 42, pp 993-1058
- Hylland**, Aanund et **Zeckhauser**, Richard, Distributional Objectives Should Affect Taxes but not Program Choice or Design, 1979, *Scandinavian Journal of Economics*, vol 81, pp 264-284
- Hylton**, Keith, Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics, 2004, *Boston University School of Law*, Working Paper No. 04-04, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=547082>, 18 pages
- Isaac**, Alan, Morality, Maximization and Economics Behavior, 1997, *Southern Economic Journal*, vol 63, pp 559-570
- Jolls**, Christine, Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules, 1998, *Vanderbilt Law Review*, vol 51, pp 1653-1677
- Jolls**, Christine, **Sunstein**, Cass et **Thaler**, Richard, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1998, in Cass Sunstein (eds), *Behavioral Law and Economics*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 431 pages, pp 13-58
- Kahan**, Dan, Social Meaning and the Economic Analysis of Crime, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 610-672
- Kahneman**, Daniel, Maps of Bounded Rationality : A perspective on intuitive judgment and choice, in Tore Frängsmyr (eds), *Les Prix Nobel, The Nobel Prizes 2002*, 2003, Nobel Foundation, Stockholm, 561 pages, pp 449-489
- Kahneman**, Daniel, **Knetsch**, Jack et **Thaler**, Richard, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias, 1991, *The Journal of Economic Perspective*, vol 5, pp 193-206
- Kahneman**, Daniel, **Knetsch**, Jack et **Thaler**, Richard, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, in Cass Sunstein (eds), *Behavioral Law and Economics*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 431 pages, pp 211-231
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, Advances in Prospect Theory, Cumulative Representation of Uncertainty, 1992, in Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 840 pages, pp 44-65

- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in Daniel Kahneman, Amos Tversky et Paul Slovic, *Judgment Under Uncertainty*, 1982, Cambridge University Press, Cambridge, 544 pages, pp 3-22
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, On the Psychology of Prediction, 1973, *The Psychological Review*, vol 80, pp 237-251
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, On the Reality of Cognitive Illusion, 1996, *Psychological Review*, vol 103, pp 582-591
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, Prospect Theory, An Analysis of Decision Under Risk, 1979, *Econometrica*, vol 47, pp 263-292
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, Rational Choice and the Framing of Decisions, 1986, *The Journal of Business*, vol 59, The Behavioral foundations of economic theory, pp s251-s278
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, Subjective Probability: A Judgment of Representativeness, 1972, *Cognitive Psychology*, vol 3, pp 430-454
- Kahneman**, Daniel et **Tversky**, Amos, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, 1981, *Science*, New Series, vol 211, pp 453-458
- Kaldor**, Nicholas, Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility, 1939, *The Economic Journal*, vol 49, pp 549-552
- Kamin**, Kim et **Rachlinski**, Jeffrey, Ex Post \neq Ex Ante, Determining Liability in Hindsight, 1995, *Law and Human Behavior*, vol 19, pp 89-104
- Kaplow**, Louis, A Model of Optimal Complexity of Legal Rules, 1995, *Journal of Law, Economics & Organization*, vol 11, pp 150-163
- Kaplow**, Louis et **Shapiro**, Carl, Antitrust, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages, vol 2, pp 1073-1225, p 1096
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, Any Non-Welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle, 2001, *Journal of Political Economy*, vol 109, pp 281-286
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle, 1999, *American Economic Review*, vol 1, pp 63-77
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, *Fairness versus Welfare*, 2002, Harvard University Press, Cambridge, 574 pages

- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, Fairness versus Welfare : Notes on the Pareto Principle, Preference and Distributive Justice, 2003, *Journal of Legal Studies*, vol 32, pp 331-362
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, Notions of Fairness Versus the Pareto Principle : On the Role of Logical Consistency, 2000, *Yale Law Journal*, vol 110, pp 237-249
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, Should Legal Rules Favor the Poor ? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 821-835
- Kaplow**, Louis et **Shavell**, Steven, Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 1994, *Journal of Legal Studies*, vol 23, pp 667-681
- Kaye**, D.H. et **Koehler**, Jonathan, Can Jurors Understand Probabilistic Evidence, 1991, *Journal of the Royal Statistical Society*, Series A, vol 154, pp 75-81
- Kelly**, Paul, Bentham, Jeremy, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 1, pp 156-161
- Kelman**, Mark, Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, *Southern California Law Review*, vol 52, pp 669-698
- Kelman**, Mark, **Fallas**, David et **Folger**, Hilary, Decomposing Hindsight Bias, 1998, *Journal of Risk and Uncertainty*, vol 16, pp 251-269
- Kennedy**, Duncan, Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies, in Peter Newmann, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 2, pp 465-474
- Kessel**, Reuben, Transfused Blood, Serum Hepatitis, and the Coase Theorem, 1974, *Journal of Law and Economics*, vol 17, pp 265-289
- Kirman**, Alan, General Equilibrium, 2004, in Paul Bourguine et Jean Pierre Nadal, *Cognitive Economics*, 2004, Springer Verlag, Berlin, 479 pages, pp 33-53
- Kirstein**, Roland, Law and Economics in Germany, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 160-227
- Kirzner**, Israel, Competition and the Market Process, in Israel Kirzner, *The Driving Force of the Market*, 2000, Routledge, London, 295 pages, pp 205-221
- Kitch**, Edmund, The Fire of Truth : A remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970, 1983, *Journal of Law and Economics*, vol 26, pp 163-234

- Kitch**, Edmund, The Intellectual Foundations of Law and Economics, 1983, *Journal of Legal Education*, vol 33, pp 184-196
- Kitch**, Edmund, Simons, Henry Calvert, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 3, pp 465-468
- Knetsch**, Jack, The Endowment Effect and Evidence of Nonreversible Indifference Curves, 1989, *The American Economic Review*, vol 79, pp 1277-1284
- Knight**, Frank, Anthropology and Economics, 1941 *The Journal of Political Economy*, vol 49, n°2, pp.247-268
- Knight**, Frank, Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost, 1924, *Quarterly Journal of Economics*, vol 38, pp 582-606
- Koehler**, Jonathan, Why DNA Likelihood Ratios Should Accounts for Errors (even when a national council report says they should not), 1997, *Jurimetrics Journal*, vol 37, pp 425-437
- Kornhauser**, Lewis, The Economic Analysis of Law, 2006, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible sur <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/#ConLaw>
- Kornhauser**, Lewis, Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions, in Martin Golding and William Edmundson, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2004, Blackwell publishing, Oxford, 368 pages, pp 67-79
- Kornhauser**, Lewis, A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 591-639
- Kornhauser**, Lewis, Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law, 2004, *Chicago Kent Law Review*, vol 79, pp 355-381
- Kornhauser**, Lewis, The Normativity of Law, 1999, *American Law and Economics Association*, vol 1, pp 3-25
- Kornhauser**, Lewis, Preference, Well Being, and Morality in Social Decisions, 2003, *Journal of Legal Studies*, vol 32, pp 303-329
- Kornhauser**, Lewis, Virtue and Self Interest in the Design of Constitutional Institutions, 2002, *Theoretical Inquiries in Law*, vol 3, pp 21-47
- Kornhauser**, Lewis, Wealth Maximization, in Peter Newman (eds), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, Volume 3, pp 679-684
- Kornhauser**, Lewis et **Sager**, Lawrence, Unpacking the Court, 1986, *Yale Law Journal*, vol 96, pp 82-118

- Korobkin**, Russell et **Ulen**, Thomas, Law and Behavioral Science : Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 2000, *California Law Review*, vol 88, pp 1051-1144
- Korobkin**, Russell, The Endowment Effect and Legal Analysis, 2003, *Northwestern University Law Review*, vol 97, pp 1227-1293
- Kramer**, Gerald, On a Class of Equilibrium Conditions for Majority Rule, 1973, *Econometrica*, vol 41, pp 285-297
- Krecké**, Elisabeth, Economic Analysis and Legal Pragmatism, 2004, *International Review of Law and Economics*, vol 23, pp 421-437
- Kreps**, David, **Milgrom**, Paul, **Roberts**, John et **Wilson**, Robert, Rational cooperation in the finitely repeated prisoners' dilemma, 1982, *Journal of Economic Theory*, vol 27, pp 245-252
- Kreps**, David et **Wilson**, Robert, Reputation and Imperfect Information, 1982, *Journal of Economics Theory*, vol 27, pp 253-279
- Kronman**, Anthony, Remarks at the Second Driker Forum for Excellence in Law, 1995, *Wayne Law Review*, vol 42, pp 115-160
- Kronman**, Anthony, Wealth Maximization as a Normative Principle, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 227-242
- Kydland**, Finn et **Prescott**, Edward, Rules Rather Than Discretion : The Inconsistency of Optimal Plans, 1977, *Journal of Political Economy*, vol 85, pp 473-492
- Lagueux**, Maurice, *The Rationality Principle and Classical Economics*, 1997, disponible sur : http://www.philo.umontreal.ca/textes/Lagueux_Rationality_princip.pdf, 12 pages
- Lagueux**, Maurice, *What Does Rationality Mean For Economist*, 2001, Cahiers d'épistémologie 2001-09, disponible sur:<http://www.unites.uqam.ca/philo/recherche/grec/grec.html>
- Landes**, Elizabeth et **Posner**, Richard, The Economics of Baby Shortage, *Journal of Legal Studies*, vol 7, pp 323-348
- Landes**, William et **Posner**, Richard, Adjudication as a Private Good, 1979, *Journal of Legal Studies*, vol 8, pp 235-284
- Landes**, William et **Posner**, Richard, Altruism in Law and Economics, 1978, *American Economic Review*, vol 68, pp 417-421
- Landes**, William et **Posner**, Richard, The Influence of Economics on Law: a quantitative study, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp 385-424

- Lazear**, Edward P., Economic Imperialism, *Quarterly Journal of Economics*, 2000, vol 115, fevrier, 99-146
- Levi**, Edward, Aaron Director and the Study of Law and Economics, 1966, *Journal of Law and Economics*, vol 9, pp 3-4
- Levitt**, Steven, Understanding Why Crime Fell in the 1990s : Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not, 2004, *Journal of Economic Perspectives*, vol 18, pp 163-190
- Lewinsohn-Zamir**, Daphna, In Defense of Redistribution Through Private Law, 2006, *Minnesota Law Review*, vol 91, pp 326-397
- Liebowitz**, Stan et **Margolis**, Stephen, Path Dependence, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, volume 1, pp 981-998
- Liebowitz**, Stan et **Margolis**, Stephen, Path Dependence, Lock-In, and History, 1995, *Journal of Law, Economics & Organizations*, vol 11, pp 205-226
- Lipsey**, R.G. et **Lancaster**, Kelvin, The General Theory of Second Best, 1956, *The Review of Economic Studies*, vol 24, pp 11-32
- Litchman**, Mark, Economics, The Basis of Law, 1927, *American Law Review*, vol 61, pp 357-387
- Lott**, John, Should the Wealthy be Able to “Buy Justice”?, *Journal of Political Economy*, vol 95, pp 1307-1316
- Luban**, David, What’s Pragmatic About Legal Pragmatism, 1996, *Cardozo Law Review*, vol 18, pp 43-73
- Luker**, William et **Proctor**, Wanda, The Effect of Introductory Courses in Microeconomics on the Political Orientation of Students, 1981, *Journal of Economic Education*, vol 12, pp 54-57
- MacAdams**, Richard, A Focal Point Theory of Expressive Law, 2000, *Virginia Law Review*, Vol. 86, No. 8, Symposium: The Legal Construction of Norms, pp. 1649-1729
- MacCormick**, Neil, On Reasonableness, in Chaim Perelman et Raymond Van Der Elst, *Les Notions à Contenu Variable en Droit*, 1998, Bruylant, Bruxelles, 377 pages, pp 131-156
- Macey**, Jonathan, Manne, Henry Girard, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 2, pp 608-611
- Machan**, Tibor, Posner’s Rortyite (Pragmatic) Jurisprudence, 1995, *American Journal of Jurisprudence*, vol 40, pp 361-375

- Machlup**, Fritz, The Problem of Verification in Economics, 1955, *Southern Journal of Economics*, vol 22, pp 1-21
- Mackaay**, Ejan, History of Law and Economics, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 65-117
- Madison**, James, The Federalist No. 51, 1788, in James Madison, *Writings*, 1999, Library of America, New York, 966 pages, pp 294-298
- Mahoney**, Paul et **Sanchirico**, Chris, Competing Norms and Social Evolution : Is the Fittest Norm Efficient ?, 2001, *University of Pennsylvania Law Review*, vol 149, pp 2027-2062
- Mahoney**, Paul et **Sanchirico**, Chris, Norms, Repeated Games, and the Role of Law, 2003, *California Law Review*, vol 91, pp 1281-1329
- Maital**, Shlomo, Daniel Kahneman : On Redefining Rationality, 2004, *Journal of Socio-Economics*, vol 33, pp 1-14
- Malloy**, Robin Paul, Is Law and Economics Moral? Humanistic Economics and a Classical Liberal Critique of Posner's Economic Analysis, 1990, *Valparaiso University Law Review*, vol 24, pp 147-161
- Manne**, Henry, The Judiciary and Free Markets, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 11-38
- Mantel**, Rolf, On the Characterization of Aggregate Excess Demand, 1974, *Journal of Economic Theory*, vol 7, pp 348-353
- Markovits**, Richard, A Constructive Critic of Traditional Definition and Use of the Concept of "the Effect of a Choice on Allocative (Economic) Efficiency": Why the Kaldor Hicks Test, The Coase Theorem, and Virtually All Law and Economics Welfare Arguments are Wrong, 1993, *University of Illinois law Review*, pp 485-533
- Markovits**, Richard, Second Best Theory and Law & Economics: An Introduction, 1998, *Chicago Kent Law Review*, vol 73, pp 3-10
- Markovits**, Richard, Why Kaplow and Shavell's « double distortion argument » articles are wrong, 2005, *George Mason Law Review*, vol 13, pp 511-619
- Marschak**, Jacob, Rational Behavior, Uncertain Prospects, and Measurable Utility, 1950, *Econometrica*, vol 18, n°2, pp 111-141
- Marshall**, John, Moral Hazard, 1976, *American Economics Review*, vol 66, pp 880-890

- Martin**, Anne, Empirical and a Priori in Economics, 1964, *British Journal for the Philosophy of Science*, vol 15, pp 123-136
- Maslow**, Abraham, A Theory of Human Motivation, 1943, *Psychological Review*, vol 50, pp 370-396
- Maynard Smith**, John, Optimization theory in evolution, 1978, *Annual Review of Ecology and Systematics*, vol 9, pp 31-56
- McAdams**, Richard, A Focal Point Theory of Expressive Law, 2000, *Virginia Law Review*, vol 86, pp 1649-1730
- McAdams**, Richard et **Rasmusen**, Eric, Norms and the Law, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages (hors index), vol 2, pp 1573-1618
- McCloskey**, Donald, The Rhetoric of Economics, 1983, *Journal of Economic Literature*, vol 21, pp 481-517
- McCloskey**, Donald, The Rhetoric of Law and Economics, 1988, *Michigan Law Review*, vol 86, pp 752-767
- McGee**, Robert, Thomas Aquinas : A Pioneer in the Field of Law and Economics, *Western State University Law Review*, 1990, vol 18, pp 471-483
- McKelvey**, Richard, General Conditions for Global Intransitivities in Formal Voting Models, 1979, *Econometrica*, vol 47, pp 1085-1112
- McKelvey**, Richard et **Palfrey**, Thomas, An Experimental Study of the Centipede Game, 1992, *Econometrica*, vol 60, pp 803-836
- McKenzie**, Richard, Monopoly : A Game Economists Love to Play – Badly !, 2004, *Southern Economic Journal*, vol 70, pp 715-730
- McNollgast**, The Political Economy of Law, 2007, in Mitchell Polinsky et Steven Shavell, *Handbook of Law and Economics*, 2007, North Holland (Elsevier), Amsterdam, 2 volumes, 1738 pages, vol 2, pp 1651-1738
- Medema**, Steven et **Zerbe**, Richard, The Coase Theorem, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 836-892

- Mercuro**, Nicholas et **Medema**, Steven, Schools of thought in Law and Economics : A Kuhnian Competition, in Robin Paul Malloy et Christopher Braun, *Law and Economics, New and Critical Perspectives*, 1995, Peter Lang Publishing, New York, 459 pages, pp 65-126
- Mehta**, Judith, **Starmer**, Chris, **Sugden**, Robert, The Nature of Salience : an Experimental Investigation of Pure Coordination Games, 1994, *The American Economic Review*, vol 84, pp 658-673
- Merrill**, Thomas et **Smith**, Henry, What Happened to property in Law and Economics ?, 2001, *Yale Law Journal*, vol 111, pp 357-398
- Miceli**, Thomas, Legal Change : Selective Litigation, Judicial Bias and Precedent, 2009, *Journal of Legal Studies*, vol 38, pp 157-168
- Miceli**, Thomas et **Cosgel**, Metin, Reputation and Judicial Decision Making, 1994, *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol 23, pp 31-51
- Milgrom**, Paul et **Roberts**, John, Predation, Reputation and Entry Deterrence, 1982, *Journal of Economic Theory*, vol 27, pp 280-312
- Miller**, George, The Magical Number Seven, Plus or Minus Two : Some Limits on our Capacity for Processing Information, 1956, *The Psychological Review*, vol 63, pp 81-97
- Mirrlees**, James, An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation, 1971, *Journal of Economic Studies*, vol 38, pp 175-208
- Mishan**, Ezra, Pareto Optimality and the Law, 1967, *Oxford Economic Papers*, vol 19, pp 255-287
- Mitchell**, Gregory, Why Law and Economics' Perfect Rationality Should not be Traded for Behavioral Law and Economics' Equal Incompetence, 2002, *The Georgetown Law Journal*, vol 91, pp 67-167
- Nadeau**, Robert, Confuting Popper on the Rationality Principle, 1993, *Philosophy of Social Science*, vol 23, pp 446-467
- Nadeau**, Robert, Cultural Evolution, True and False, 2003, *Cahiers d'épistémologie n°295*, Université du Québec à Montréal, Montréal, 43 pages
- Negishi**, Takashi, The Stability of a Competitive Economy : A Survey Article, 1962, *Econometrica*, vol 30, pp 635-669
- Newell**, Allen et **Simon**, Herbert, Computer Science as empirical inquiry: symbols and search, 1976, *Communications of the Association for Computing Machinery*, n°19, pp 113-126

Newman, Peter, The Foundations of Revealed Preference Theory, 1955, *Oxford Economic Papers*, New Series, Vol 7, n°2, pp 151-169

North, Douglas, Dealing With a Non Ergodic World : Institutional Economics, Property Rights, and the Global Environment, 1999, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol 10, pp 1-12

North, Douglas, Institutions, 1991, *Journal of Economic Perspectives*, vol 5, pp 97-112

Nussbaum, Martha, Flawed Foundations: The Philosophical critique of (a Particular Type of) Economics, 1997, *University of Chicago Law Review*, n°64, pp 1197-1214

Nutter, Warren, The Coase Theorem on Social Cost : A Footnote, 1968, *Journal of Law and Economics*, vol 11, pp 503-507

Ogus, Anthony, What Legal Scholars Can Learn from Law and Economics, 2004, *Chicago Kent Law Review*, vol 79, pp 383-401

Page, Scott, Path Dependence, 2006, *Quarterly Journal of Political Science*, vol 1, pp 87-115

Parisi, Francesco, Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law, in Jürgen Backhaus (ed), *The Elgar Companion to Law and Economics*, 2e édition, 2005, Edward Elgar Pub, Northampton, 763 pages, pp 7-39

Parisi, Francesco, Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics, 2004, *Georges Mason Law and economics research paper* n°04-22, reproduit dans *European Journal of Law and Economics*, 2004, vol 18, n°3, pp 259-272

Peltzman, Sam, Aaron Director's influence on Antitrust Policy, 2005, *Journal of Law and Economics*, vol 48, pp 313-330

Persky, Joseph, Retrospectives : Ceteris Paribus, 1990, *Journal of Economic Perspectives*, vol 4, pp 187-193

Polinsky, Mitchell, Economic Analysis as a Potentially Defective Product, a Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, 1974, *Harvard Law Review*, vol 87, pp 1655-1681

Posner, Eric, Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?, 2003, *Yale Law Journal*, vol 112, pp 829-880

Posner, Eric, Symbols, Signals and Social Norms in Politics and the Law, 1998, *Journal of Legal Studies*, vol 27, pp 765-798

Posner, Richard, The Constitution as an Economic Document, 1987, *George Washington Law Review*, vol 56, pp 4-38

- Posner**, Richard, Cost benefit Analysis: Definition, Justification and Comment on Conference Papers, in Matthew Alder et Eric Posner (Eds), *Cost Benefit Analysis, Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, 2001, University of Chicago Press, Chicago, 351 pages, pp 317-341
- Posner**, Richard, The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962-1987, 1987, *Harvard Law Review*, vol 100, pp 761-780
- Posner**, Richard, An Economic Theory of Criminal Law, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 1193-1231
- Posner**, Richard, The Economic Approach to Law, 1975, *Texas Law Review*, vol 53, pp 757-782
- Posner**, Richard, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 487-507
- Posner**, Richard, Law and Economics Is Moral, 1990, *Valparaiso University Law Review*, vol 24, pp 163-173
- Posner**, Richard, Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, 1998, *Stanford Law review*, vol 50, n°5, pp 1551-1575
- Posner**, Richard, The Social Costs of Monopoly and Regulation, 1975, *Journal of Political Economy*, vol 83, pp 807-828
- Posner**, Richard, Some Uses and Abuses of Economics in Law, 1979, *The University of Chicago Law Review*, vol 46, n°2, pp 281-306
- Posner**, Richard, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, 1979, *Journal of Legal Studies*, vol 8, pp 103-140
- Posner**, Richard, The Value of Wealth : A Comment on Dworkin and Kronman, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 243-252
- Posner**, Richard, What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does), 1993, *Supreme Court Economic Review*, vol 3, pp 1-41
- Posner**, Richard, Wealth Maximization and Tort Law: a philosophical inquiry, 1995, in David Owen, *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, Oxford University Press, Oxford, 526 pages, pp 99-111
- Posner**, Richard, Wealth Maximization Revisited, 1985, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol 2, pp 85-105
- Priest**, George, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, 1977, *Journal of Legal Studies*, vol 6, pp 65-82

- Priest**, George, The inevitability of tort reform, 1992, *Valparaiso University law review*, vol 26, pp 701-707
- Quine**, Willard V.O., Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism, 1951, *The Philosophical Review*, vol 60, pp 20-43
- Rabin**, Matthew, Incorporating Fairness into Game Theory and Economics, 1993, *American Economic Review*, vol 83, pp 1281-1302
- Rachlinski**, Jeffrey, Heuristics and Biases in the Court : Ignorance or Adaptation, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 61-102
- Radin**, Margaret, Market-Inalienability, 1987, *Harvard Law Review*, vol 100, pp 1849-1937
- Ramsey**, Frank, Truth and Probability, 1926, in Frank Ramsey, *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, 1931, Kegan Paul, trench, trubner & co, Londres, 292 pages, pp 156-198
- Ravitch**, Frank, Can Old Dog Learn New Tricks ? A Nonfoundationalist Analysis of Richard Posner's The Problematics of Moral and Legal Theory, 2002, *Tulsa Law Review*, vol 37, pp 967-984
- Raz**, Joseph, Reasons for Action, Decisions and Norms, 1975, *Mind, New Series*, vol 84, pp 481-499
- Regan**, Donald, The Problem of Social Cost Revisited, 1972, *Journal of Law and Economics*, vol 15, pp 427-437
- Reny**, Philip, Common Knowledge and Games with Perfect Information, 1988, *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, Vol. 1988, Volume Two: Symposia and Invited Papers, pp 363-369
- Ricker**, William, The Two-Party System and Duverger's Law: An Essay on the History of Political Science, 1982, *American Political Science Review*, vol 76, pp 753-766
- Rizzo**, Mario, The Mirage of Efficiency, 1980, *Hofstra Law Review*, vol 8, pp 641-658
- Robbins**, Lionel, Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment, 1938, *The Economic Journal*, vol 48, pp 635-641
- Robinson**, Joan, What is perfect competition, 1934, *The Quarterly Journal of Economics*, vol 49, pp 104-120
- Rodick**, Dani, Institutions for High Quality Growth: What They Are and How to Acquire Them, 2000, *Studies in Comparative International Development*, vol 35, pp 3-31

- Rorty**, Richard, Dewey and Posner on Pragmatism and Moral Progress, 2007, *University of Chicago Law Review*, vol 74, pp 915-927
- Rose-Ackerman**, Susan, Inalienability and the Theory of Property Rights, 1985, *Columbia Law Review*, vol 85, pp 931-969
- Rosen**, Jeffrey, Overcoming Posner, 1995, *Yale Law Journal*, vol 105, pp 581-610
- Rosenberg**, Alexander, If Economics Isn't Science, What Is It, in Michael Martin et Lee McIntyre, *Readings in the Philosophy of Social Science*, 1994, MIT Press, Cambridge, 785 pages, pp 661-674
- Roth**, Alvin, Vesna Prasnikar, Masahiro Okuno-Fujiwara et Shmuel Zamir, Bargaining and Market Behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An Experimental Study, 1991, *The American Economic Review*, vol 81, pp 1068-1081
- Rowley**, Charles K, Public Choice and the Economic Analysis of Law, in Nicholas Mercuro (ed), *Law and Economics*, 1989, Kluwer academic publishers, Boston, 264 pages, pp 123-173
- Rubin**, Paul, Why is Common Law Efficient, 1977, *Journal of Legal Studies*, vol 6, pp 51-63
- Rubin**, Paul, Why was the Common Law Efficient, 2005, in Fransesco Parisi et Charles Rowley, *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*, 2005, Edward Elgar Publishing, Northampton, 531 pages, pp 383-395
- Rustichini**, Aldo, **Dickhaut**, John, **Ghirardato**, Paolo, **Smith**, Kip et **Pardo**, Josè, A Brain Imaging Study of the Choice Procedure, 2005, *Games and Economic Behavior*, vol 52, pp 257-282
- Saad**, Gad et **Gill**, Tripatt, Sex Difference in the Ultimatum Game: an Evolutionary Psychology Perspective, 2002, *Journal of Bioeconomics*, vol 3, pp 171-193
- Samuelson**, Paul, Altruism as a Problem Involving Group versus Individual Selection in Economics and Biology, *American Economic Review*, 1993, vol 83, pp 143-148
- Samuelson**, Paul, The Empirical Implications of Utility Analysis, 1938, *Econometrica*, vol 6, n°4, pp 344-356
- Samuelson**, Paul, a Note on the Pure Theory of Consumers' Behaviour, 1938, *Economica*, New series, vol 5, n°17, pp 61-71
- Samuelson**, Paul, The Stability of Equilibrium : Comparative Statics and Dynamics, 1941, *Econometrica*, vol 9, pp 97-120
- Samuelson**, Paul, What Classical and Neoclassical Monetary Theory Really Was, 1968, *Canadian Journal of Economics*, vol 1, pp 1-15

- Samuelson**, William et **Zeckhauser**, Richard, Status Quo Bias in Decision Making, 1988, *Journal of Risk and Uncertainty*, vol 1, pp 7-59
- Sanchirico**, Chris, Deconstructing the New Efficiency Rationale, 2001, *Cornell Law Review*, vol 86, pp 1003-1089
- Sanchirico**, Chris, Finding Error, 2003, *Michigan State Law Review*, vol 4, pp 1189-1203
- Sanchirico**, Chris, Taxes versus Legal Rules, as Instruments for Equity : a More Equitable View, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 797-820
- Scarf**, Herbert, Some Example of Global Instability of the Competitive Equilibrium, 1960, *International Economic Review*, vol 1, pp 157-172
- Schick**, Frederic, Dutch Bookies and Money Pumps, 1986, *The Journal of Philosophy*, vol 83, pp 112-119
- Schkade**, David, **Sunstein**, Cass et **Kahneman**, Daniel, Deliberating About Dollars : The Severity Shift, 2000, *Columbia Law Review*, vol 100, pp 1139-1175
- Schlag**, Pierre, The Problem of Transaction Costs, 1989, *Southern California Law Review*, vol 62, pp 1661-1700
- Schlesinger**, Rudolf, The Past and Future of Comparative Law, 1995, *American Journal of Comparative Law*, vol 43, pp 477-481
- Schroeder**, Jeanne, Just so Stories: Posnerian Methodology, 2000-2001, *Cardozo Law Review*, vol 22, pp 351-423
- Schroeder**, Jeanne, Rationality in Law and Economics Scholarship, 2000, *Oregon Law Review*, vol 79, pp 147-252
- Schroeder**, Jeanne, The Midas Touch: The Lethal Effect of Wealth Maximization, 1999, *Wisconsin Law Review*, pp 687-784
- Schroeder**, Jeanne, The Stumbling Block, Freedom, Rationality, and Legal Scholarship, 2002-2003, *William and Mary Law Review*, vol 44, pp 263-374
- Sen**, Amartya, The Impossibility of a Paretian Liberal, 1970, *The Journal of Political Economy*, vol 78, pp 152-157
- Sen**, Amartya, Rationality and Social Choice, 1995, *American Economic Review*, vol 85, pp 1-24
- Sentelle**, David, Law and Economics Should be Used for Economic Questions, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 119-127

- Sethi**, Ravij et **Somanathan**, E., Norm Compliance and Strong Reciprocity, 2001, in Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd and Ernst Fehr, *Moral Sentiments and Material Interests, The Foundation of Cooperation in Economic Life*, 2005, MIT Press, Cambridge, 416 pages, pp 229-250
- Shafer**, Glenn, Savage Revisited, 1986, *Statistical Science*, vol 1, n°4, pp 463-485
- Shapiro**, Fred, The Most-Cited Articles from The Yale Law Journal, 1991, *Yale Law Journal*, vol 100, pp 1449-1514
- Shavell**, Steven, An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, 1980, *Journal of Legal Studies*, vol 9, pp 463-516
- Shavell**, Steven, A Note of Efficiency vs Distributional Equity in Legal Rulemaking : Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation, 1981, *American Economic Review*, vol 71, pp 414-418
- Sherwin**, Emily, Calabresi, Guido, in Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Palgrave MacMillan, New York, 3 volumes, vol 1, pp 199-201
- Simon**, Herbert, Altruism and Economics, 1993, *American Economic Review*, vol 83, pp 156-161
- Simon**, Herbert, A Behavioral Model of Rational Choice, 1955, *The Quarterly Journal of Economics*, vol 69, pp 99-118
- Simon**, Herbert, Machine as Mind, 1995, in George Luger (ed), *Computation & Intelligence*, 1995, MIT Press, Cambridge, 735 pages, pp 675-691
- Simon**, Herbert, On How to Decide What to Do, 1978, *Bell Journal of Economics*, vol 9, pp 494-507
- Simon**, Herbert, Rational Decision Making in Business Organization, 1979, *The American Economic Review*, vol 69, pp 493-513
- Simon**, Herbert, Rationality as a Process and as a Product of Thought, 1978, *The American Economic Review*, pp 1-16
- Simon**, Herbert, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, 1959, *The American Economic Review*, vol 49, pp 253-283
- Singer**, Alan, General theory of rationality, in Peter Earl et Simon Kemp, *The Elgar Companion to Consumer Research and Economic Psychology*, 1999, Edward Elgar publishing, Northampton, 649 pages, pp 480-486
- Smith**, Vernon, Economics in the Laboratory, 1994, *Journal of Economic Perspectives*, vol 8, pp 113-131

- Smith**, Vernon, Experimental Economics: Reply, 1985, *American Economic Review*, vol 75, pp 265-272
- Smith**, Vernon, Theory, Experiment and Economics, 1989, *Journal of Economic Perspectives*, vol 3, pp 151-169
- Somin**, Ilya, Richard Posner's Democratic Pragmatism, 2004, *Critical Review*, vol 16, pp 1-22
- Sonnenschein**, Hugo, Do Walras' identity and continuity characterize the class of community excess demand functions?, 1973, *Journal of Economic Theory*, vol 6, pp 345-354
- Sonnenschein**, Hugo, Market Excess Demand Functions, 1972, *Econometrica*, vol 40, pp 549-563
- Spence**, Michael, Job Market Signaling, 1973, *Quarterly Journal of Economics*, vol 87, pp 355-374
- Sperber**, Dan et **Hirschfeld**, Lawrence, Cognitive Foundations of Cultural Stability and Diversity, 2004, *Trends in Cognitive Science*, vol 8, pp 40-46
- Stanley**, T.D., Positive Economics and Its Instrumental Defence, 1985, *Economica*, New Series, vol 52, n°207, pp 305-319
- Starrett**, David, Fundamentals Nonconvexities in the Theory of Externalities, 1972, *Journal of Economic Theory*, vol 4, pp 180-199
- Stigler**, George, The development of utility theory, in *Journal of Political Economy*, 1950, 2 parties, vol 58 n°4 et 5, pp 307-327 et pp 373-396
- Stigler**, George, The Economics of Information, 1961, *Journal of Political Economy*, vol 69, n°13, pp 213-225
- Stigler**, George, The Law and Economics of Public Policy: A Plea to Scholars, 1972, *Journal of Legal Studies*, vol 1, pp 1-12
- Stigler**, George, Perfect Competition Historically Contemplated, 1957, *Journal of Political Economy*, vol 65, pp 1-17
- Stigler**, George, The Statistics of Monopoly and Merger, 1956, *Journal of Political Economy*, vol 64, pp 33-40
- Sugden**, Robert, Credible Worlds : The Status of Theoretical Models in Economics, in Uskali Mäki (ed), *Fact and Fiction in Economics, Models, Realism and Social Construction*, 2002, Cambridge University Press, Cambridge, 384 pages, pp 107-136, p 136
- Sugden**, Robert, Normative Jugement and Spontaneous Order, the Contractarian Element in Hayek's Thought, 1993, *Constitutionnal Political Economy*, vol 4, pp 393-424

- Sugden**, Robert, Rational Choice: A survey of Contributions from Economics and Philosophy, *The Economic Journal*, juillet 1991, pp 751-785
- Sugden**, Robert, Spontaneous Order, 1989, *Journal of Economic Perspectives*, vol 3, pp 85-97
- Sunstein**, Cass, The Autonomy of Law in Law and Economics, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 89-94
- Sunstein**, Cass, Willingness to Pay and Welfare, 2007, *Harvard Law and Policy Review*, vol 1, pp 303-330
- Sutton**, Richard, Reinforcement Learning, in Robert Wilson et Frank Keil, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, 1999, MIT Press, Cambridge, 964 pages, pp 715-717
- Svenson**, Ola, Are We all Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers?, 1981, *Acta Psychologica*, vol 94, 143-148
- Sykes**, Alan, An Introduction to Regression Analysis, 1993, in Eric Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*, 2000, Foundations Press, New York, 251 pages, pp 1-28
- Terrebonne**, Peter, A Strictly Evolutionary Model of Common Law, 1981, *Journal of Legal Studies*, vol 10, pp 397-407
- Thaler**, Richard, Anomalies : The Ultimatum Game, 1988, *Journal of Economic Perspectives*, vol 2, pp 195-206
- Thaler**, Richard, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, in Daniel Kahneman et Amos Tversky (eds), *Choices, Values, and Frames*, 2000, Cambridge University Press, Cambridge, 840 pages, pp 269-287
- Thomson**, Judith Jarvis, The Trolley Problem, 1985, *Yale Law Journal*, vol 94, pp 1395-1415
- Tinbergen**, Jan, The Functions of Mathematical Treatment, 1954, *Review of Economics and Statistics*, vol 36, pp 365-369
- Trebilcock**, Michael, An Introduction to Law and Economics, 1997, *Monash University Law Review*, vol 23, pp 123-158
- Trivers**, Robert, The Evolution of Reciprocal Altruism, 1971, *Quarterly Journal of Biology*, vol 46, pp 35-57
- Tullock**, Gordon, The irrationality of intransitivity, 1964, *Oxford Economic Papers*, vol 16, pp 401-406
- Tullock**, Gordon, Why so Much Stability, 1981, *Public Choice*, vol 37, pp 189-202

Tushnet, Mark, Law, Science and Law and Economics, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 48-52

Turvey, Ralph, On Divergences Between Social Cost and Private Cost, 1963, *Economica*, vol 30, pp 309-313

Tushnet, Mark, Law, Science and Law and Economics, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 47-52

Twerski, Aaron et **Cohen**, Neil, Informed Decision Making and the Law of Torts: the Myth of Justiciable Causation, 1988, *University of Illinois Law Review*, pp 607-665

Tyler, Tom et **Weber**, Renée, Support for Death Penalty ; Instrumental Response to Crime or Symbolic Attitude, 1982, *Law and Society Review*, vol 17, pp 21-45

Ulen, Thomas, Rational Choice Theory in Law and Economics, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 790-818

Valcke, Catherine, Efficiency and French Law, 2009, 16 pages, disponible sur http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/Trebilcock09_Valcke.pdf

Vanberg, Viktor, The Rationality Postulate in Economics : its ambiguity, its deficiency an its evolutionary alternative, 2004, *Journal of Economic Methodology*, vol 11, n°1, pp 1-29

Veljanovski, Cento, The Coase Theorem, The Say's Law of Welfare Economics ?, 1977, *Economic Record*, vol 53, pp 535-541

de **V Graff**, J, On Optimum Tariff Structures, 1949, *Review of Economic Studies*, vol 17, pp 47-59

Weigel, Wolfgang, Law and Economics in Austria, in Boudewijn Bouckaert et Gerrit De Geest (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, Edward Elgar pub, Northampton, 5 volumes, vol 1, pp 118-127

Weinrib, Ernest, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, 1980, *The University of Toronto Law Journal*, vol 30, pp 307-332

Weisbach, David, Should Legal Rules be Used to Redistribute Income ?, 2003, *University of Chicago Law Review*, vol 70, pp 439-453

Wellisz, Stanislaw, On External Diseconomies and the Government – Assisted Invisible Hand, 1964, *Economica*, vol 31, pp 345-362

- Wible**, James, Friedman's Positive Economics and the Philosophy of Science, 1982, *Southern Economic Journal*, vol 49, n°2, pp 350-360
- Whitman**, Douglas, Evolution of the Common Law and the Emergence of Compromise, 2000, *Journal of Legal Studies*, vol 29, pp 753-781
- Whorf**, Benjamin, Language, Thought and Reality, Selected Writings of Benjamin Lee Whorf, 1964, MIT Press, Cambridge, 290 pages
- Williams**, Stephen, Limits to Economics as a Norm for Judicial Decision, 1997, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 21, pp 39-45
- Williamson**, Oliver, Calculativeness, Trust, and Economic Organization, 1993, *Journal of Law and Economics*, vol 36, pp 453-486
- Wilson**, Neil, Substances without Substrata, 1959, *Review of Metaphysics*, vol 12, pp 521-539
- Zuckerman**, M., Attributions of Success and Failure Revisited, Or: The Motivational Bias is Alive and Well in Attribution Theory, 1979, *Journal of Personality*, vol 47, 245-287
- Zywicki**, T., Was Hayek Right About Group Selection After All ?, 2000, *Georges Mason University, Working paper* n° 00-03, 28 pages

III. Jurisprudences

1. Juridictions françaises

a. Juridictions administratives et tribunal des conflits (par ordre alphabétique)

Conseil d'Etat, **Anguet**, 3 février 1911, Recueil p 146, note Hauriou

Tribunat des Conflits, **Blanco**, 8 février 1973, Recueil, 1^{er} supplément, p 61, conclusion David

Conseil d'Etat, section, **Centre Hospitalier de Vienne**, 21 décembre 2007, AJDA 2008, p 135, texte de l'arrêt disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0746.shtml

Conseil d'Etat, assemblée, **Commune de Morsang sur Orge**, 27 octobre 1995, Recueil p 372, conclusions Frydman

Conseil d'Etat, **L'Etang**, 12 juillet 1969, revue de droit public 1970, p 387, note Waline

Conseil d'Etat, Assemblée, **Société Jean Claude Decaux**, 4 novembre 2005, AJDA 2006, p 120, conclusions Casas

Conseil d'Etat, section, **Syndicat des Avocats de France**, 5 avril 1996, recueil p 118

Conseil d'Etat, **Terrier**, 6 février 1903, Recueil p 94, conclusion Romieu

Conseil d'Etat, **Thérond**, 4 mars 1910, Recueil p 193, conclusion Pichat

b. Juridictions civiles (par date)

Cour de Cassation, chambre sociale, 19 juin 1963, Gazette du Palais 1963, vol 1, p 278

Cour de Cassation, assemblée plénière, **Perruche**, 17 novembre 2000, Bulletin 2000, AP, n°9, p 5

c. Jurisdiction constitutionnelle (par ordre alphabétique)

Conseil constitutionnel, **Liberté d'Association**, 16 juillet 1971, 44DC, Journal Officiel du 18 juillet 1971, p 7114

Conseil constitutionnel, **Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication**, 27 juillet 2000, 2000-433 DC, disponible sur le site du Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2000/2000-433-dc/decision-n-2000-433-dc-du-27-juillet-2000.452.html>

2. Juridictions européennes

a. CEDH

Procola c. Luxembourg, 28 septembre 1995, requête n°14570/89

b. CJCE

Höfner et Elser contre Macroton, affaire C-41/90, 1991, Recueil I-1979

3. Juridictions étrangères

a. Juridictions anglaises (par ordre alphabétique)

Bass v Gregory, 1890, Queen's Bench Division, vol 25, pp 481 et s.

Bryant v Lefever, 1878-1879, Common Pleas Division, vol 4, pp 172 et s.

Dorset Yacht Co Ltd v Home Office, 1970, Appeal case pp 1004 et s.

Cooke v Forbes, 1867-1868, Law Report, Equity cases, vol 6, pp 166 et s.

Stovin v Wise, 1996, All England Law Reports, vol 3, pp 801 et s

Sturges v. Bridgman, 1879, Chancery division, vol 11, p 852 et s.

b. Juridictions Etats Uniennes (par ordre alphabétique)

Cour Suprême des Etats-Unis, **Kennedy v. Louisiana**, No. 07–343, 25 juin 2008, 66 pages, disponible sur : <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf>

Rickards v. Sun Oil Co, 23 N.J. Misc. 89, 41 A. 2d 267 (1945)

IV. Législation

1. Lois et ordonnances (par date)

Ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958

Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 page 4118

2. Textes européens

Communication de la Commission, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2000/C 291/01, JOCE C/291 du 13 octobre 2000, 44 pages

V. Pages web mentionnées

European association of law and economics: <http://law.haifa.ac.il/eale/site/>

Olin gift expands law and economics at HLS, Harvard Law Bulletin, summer 1998:

<http://www.law.harvard.edu/alumni/bulletin/backissues/summer98/article7.html>

European Master in Law and Economics: http://www.emle.org/index_org.html

European Doctorate in Law and Economics: <http://edle.economia.unibo.it/index.html>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
1. Le mouvement Law and Economics, le codage économique des questions juridiques	1
2. Les liens entre le droit et l'économie : la possibilité d'un codage économique des questions juridiques	7
3. L'apparition du mouvement Law & Economics sous sa forme moderne	10
4. La place actuelle de l'analyse économique du droit	19
5. Intérêt et Objet de la thèse	25
6. Plan et résultats de la thèse	31
PARTIE 1 : DÉCRYPTAGE DU SYSTÈME D'INTERPRÉTATION DU MOUVEMENT LAW & ECONOMICS, UN CADRE D'ANALYSE VAGUE.....	35
TITRE 1 : LES ÉLÉMENTS À LA BASE DU SYSTÈME D'INTERPRÉTATION DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LA TRANSPOSITION DES OUTILS DE L'ÉCONOMIE	39
<i>Chapitre 1 : La conception de l'homme dans l'analyse économique du droit : une conception formaliste de la rationalité</i>	<i>43</i>
Section 1 : L'approche de la rationalité dans l'économie néoclassique : la rationalité comme maximisation de l'utilité individuelle	47
§1. La signification de la rationalité en économie néoclassique, axiomatique de base.....	49
A. Rationalité des préférences : la rationalité comme simple cohérence	52
1. Identification des préférences	53
2. La structure de la relation de préférences en économie néoclassique	59
a. Des préférences cohérentes : l'existence d'un préordre complet sur la relation de préférences	60
b. Axiome de continuité.....	62
c. principe de la chose sûre ou d'indépendance	62
d. non saturation et convexité	63
3. la fonction d'utilité et les courbes d'indifférence.....	65
B. choix et contraintes : la rationalité comme maximisation de l'utilité	71
1. La caractérisation de l'optimum du consommateur et par extension des agents économiques	73
2. Eléments de statique comparative	79
C. La rationalité en analyse économique du droit, recherche de l'intérêt et incitations	81
§2. La position épistémologique de la rationalité néoclassique, une question souvent écartée.....	84
A. La rationalité comme hypothèse descriptive	86
1. Théorie explicative ou simple tautologie : la théorie de la rationalité est-elle falsifiable ?.....	88
a. rationalité et action isolée.....	89
b. rationalité et actions successives.....	92
2. la rationalité comme théorie psychologique ou comme simple instrument : la question de l'irréalisme des axiomes	95
a. la rationalité comme hypothèse psychologique.....	96
b. la rationalité comme simple instrument de prédiction.....	100
B. la rationalité comme hypothèse normative.....	103

1. L'imbrication du descriptif et du normatif et l'hypothèse de rationalité.....	104
2. normativité, explication et prédiction	106
C. La rationalité comme nécessité méthodologique	107
1. la nécessité d'un principe de rationalité pour développer une science économique	108
2. la rationalité comme contrainte d'argumentation et schéma d'interprétation.....	113
Section 2 : Critique et reformulation de la rationalité néoclassique pour l'analyse économique du droit	114
§1. Critique de la rationalité économique néoclassique : les insuffisances du modèle.....	116
A. Remise en cause de la rationalité économique néoclassique sur le plan empirique	117
1. Les problèmes liés à la gestion des probabilités	118
a. Hindsight bias; le cas de la prédiction à rebours.....	118
b. Small sample fallacy ; la difficulté à gérer les petits échantillons	119
c. Conjunction fallacy ; la difficulté à gérer la combinaison de probabilités.....	121
d. Regression fallacy ; la tendance à ne pas comprendre les régressions.....	122
e. Base rate neglect ; la tendance à négliger les probabilités initiales	123
f. Expected Utility Fallacy	124
2. Les problèmes liés à l'évaluation de la situation	125
a. Apparent overconfidence et self serving bias : optimisme et fierté construite	126
b. Bias by frame : formulations et remise en cause de la transitivité	128
d. sunk cost fallacy ; la mauvaise identification des coûts	129
e. endowment effect ; l'influence de la possession sur l'évaluation.....	130
3. Les problèmes liés à l'idée de maximisation de l'utilité	132
a. le jeu de l'ultimatum et l'idée de justice.....	132
b. jeu du centipède.....	134
B. Remise en cause de la rationalité économique néoclassique sur le plan théorique	136
1. les capacités cognitives	136
2. La question de l'apprentissage et de l'innovation, la rationalité comme statique	140
3. la question de la culture et de l'éthique	142
§2. Les approches alternatives à la rationalité néoclassique utilisées ou utilisables dans l'analyse économique du droit	145
A. Quelques formes de rationalité « économique » et leur intérêt pour l'analyse économique du droit.....	145
1. L'apport de Kahneman et Tversky : la prospect theory.....	146
2. L'apport de Simon : la rationalité procédurale et la rationalité limitée	150
3. La rationalité comme système complexe : le modèle de cognition proposé par Hayek	153
B. La question du choix du modèle de rationalité, et l'opposition entre Law & Economics et Behavioral Law & Economics.....	158
1. Rationalité et la définition du champ de l'économie	158
2. choix du modèle de rationalité.....	160
Chapitre 2. La définition de l'objectif social, le problème de l'efficience.....	163
Section 1 : La notion d'efficience en analyse économique néoclassique ; une approche essentiellement statique.....	167
§1. L'idée de l'efficience en économie du bien-être : concepts et sous concepts.....	168
A. Présentation critique des différents concepts permettant de caractériser l'efficience économique	170
1. Le critère de Pareto et approche en terme d'équilibre : la justification de l'économie de marché	173

a. Pareto supériorité et Pareto optimalité.....	173
b. théorèmes de l'économie du bien-être et concurrence pure et parfaite	176
2. Le critère de Kaldor Hicks et l'analyse coûts-bénéfices	184
a. définition et analyse du critère de Kaldor Hicks	184
b. extension du critère à l'analyse coûts-bénéfices.....	188
3. Le critère de Posner : la maximisation de la richesse	192
a. Présentation du critère proposé par Posner	193
b. La maximisation de la richesse, Pareto et Kaldor Hicks : l'idée de consentement.....	197
B. Les sources de l'inefficience, l'approche en termes de défaillance des marchés	199
1. Dilemme du prisonnier et problèmes de coordination, l'apport de la théorie des jeux	201
a. le dilemme du prisonnier ou les effets pervers de la main invisible.....	202
b. les jeux de coordination pure : l'impossible coordination	205
2. Asymétries d'informations, anti sélection et aléa de moralité.....	209
a. l'anti sélection	210
b. l'aléa de moralité.....	212
3. Biens publics, biens collectifs et l'exemple de la tragédie des communs	215
a. La distinction entre les différents types de biens	215
b. Le problème de la surexploitation des ressources collectives.....	217
1. la tragédie des communs	217
2. extension : tendance à la surexploitation des biens pour lesquels les individus ne payent pas le coût « réel » de leur usage.....	219
c. Le problème de la production inefficace des biens publics	220
1. Le problème du passager clandestin.....	220
2. L'inefficience de la production des biens publics par le marché, formalisation dans le cadre de la théorie des jeux.....	221
4. Monopoles / oligopoles	223
a. les monopoles et le poids mort.....	223
1. présentation du problème et représentation graphique	224
2. Distinction entre les différents types de monopoles	226
b. les oligopoles et les questions stratégiques.....	228
5. externalités	230
§2. La position épistémologique de la notion d'efficience en analyse économique du droit.....	235
A. L'efficience comme critère normatif : le fondement éthique de l'efficience	236
1. Recherche des fondements normatifs des critères de l'efficience économique.....	237
a. l'Efficience comme valeur sociale.....	239
b. l'efficience comme proxy : la valeur instrumentale de l'efficience	245
1. La maximisation de la richesse et ses liens causaux avec le « bien-être »	246
2. La maximisation de la richesse, économiser les ressources pour améliorer le bien-être	249
3. Les liens statistiques entre bien-être et richesse	249
4. la maximisation de la richesse et la promotion de certaines valeurs.....	251
c. les biais de l'analyse en termes d'efficience	253
2. La question de l'efficience et de la répartition des ressources.....	258
a. explicitation et justification des fondements de la métaphore de la taille du gâteau et de son partage : les règles de droit n'ont pas à s'intéresser à la répartition des richesses	259

b. critique de l'approche, la possibilité pour les règles juridiques de tenir compte d'éléments autres que l'efficacité	267
3. Les niveaux de normativité et leur résolution	274
a. Identification du problème : la nécessité de concilier « justice(s) » et efficacité(s)	275
b. La possibilité de la résolution du conflit et la limite de l'analyse économique	278
B. L'efficacité comme critère descriptif	285
1. les critères d'efficacité peuvent-ils être des concepts descriptifs ? La signification d'un énoncé présenté comme descriptif	286
a. L'impossible détermination de l'efficacité d'un état du monde	286
b. Efficacité dans le modèle : connaissance limitée pour l'application au monde ?	290
2. L'intérêt d'un critère d'efficacité « descriptif »	291
C. L'efficacité comme critère méthodologique : l'efficacité comme nécessité logique ?	293
1. retour sur la question de l'efficacité et de la répartition des richesses : l'éclairage fourni par l'appréciation purement méthodologique	293
2. L'efficacité comme outil de structuration du monde	296
Section 2 : La notion d'efficacité économique dans un cadre dynamique, un concept beaucoup plus flou	298
§1. Les limitations des conceptions classiques de l'efficacité dans un cadre dynamique	300
A. La théorie de l'équilibre général et la question de la tendance vers l'équilibre	301
1. Logique du « commissaire priseur » walrasien : l'absence d'une véritable dynamique dans le modèle	303
a. le « tâtonnement » walrasien : un équilibre qui ne dépend pas des interactions des agents	303
b. la question de l'unicité de l'équilibre	305
2. la tendance vers l'équilibre dans un système véritablement dynamique, la logique des déséquilibres	307
a. l'instabilité dans les modèles de tâtonnement	309
b. l'instabilité et les modèles de « non tâtonnement »	311
B. Le problème de la dépendance par rapport au chemin	314
1. Ergodicité et dépendance par rapport au chemin des systèmes dynamiques	315
a. La logique de la dépendance par rapport au chemin : l'économie ne peut pas toujours être a-historique	316
b. Typologie et difficultés de l'approche en termes de dépendance par rapport au chemin	319
2. Concepts annexes à la dépendance par rapport au chemin : raisons et impact du phénomène	325
a. Concepts relatifs aux causes de la dépendance par rapport au chemin	325
b. Concepts relatifs à l'impact de la dépendance par rapport au chemin	328
§2. Quelle efficacité dans un cadre dynamique ? Efficacité et adaptabilité	330
A. La dissolution de l'efficacité économique « classique » dans un système évolutif complexe	331
B. L'efficacité comme adaptabilité : le recentrage sur le processus	335
1. évolution et dynamique de sélection : efficacité versus adaptabilité	335
2. L'efficacité dynamique des conditions d'efficacité statique (méta-efficacité) : le cas de Hayek et la défense de l'ordre du marché	338
a. transformation de l'idée de concurrence : la concurrence comme processus	339
b. identification des avantages de l'ordre du marché : efficacité ou adaptabilité	341

CONCLUSION DU TITRE PREMIER : LA NÉCESSITÉ DE SPÉCIFIER LE SYSTÈME AXIOMATIQUE347

TITRE II. L'APPRÉHENSION DES PHÉNOMÈNES JURIDIQUES DANS LE CADRE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT 351

Chapitre 1. Une reconstruction de l'objet « droit » à partir du codage économique : le droit comme phénomène économique355

Section 1. Le droit comme outil de coordination des actions des individus.....359

§1. Le théorème de Coase, la redécouverte de l'objet droit au sein de la science économique..... 360

A. Le droit comme condition nécessaire au processus de l'échange et de transaction..... 363

1. « le théorème de Coase » et son interprétation néoclassique 364

a. la première partie de The Problem of Social Cost365

1. les coûts de transaction et la nature de la firme : éléments structurants de la réflexion coasienne366

2. extension du raisonnement : le cas de « The Problem of Social Cost » et la réintégration du droit dans la science économique.....369

b. Les deux conséquences du monde des coûts de transaction nuls et leurs critiques373

1. la thèse de l'efficacité et les critiques374

2. la thèse d'invariance du droit : le droit comme simple outil de structuration des échanges ...379

2. le droit dans la perspective du théorème de Coase 383

a. le droit, un outil pour structurer le réel et rendre possible des négociations..... 384

1. L'importance des droits de propriété pour structurer le monde et permettre les transactions384

2. Quelques éléments sur le concept de droits de propriété dans l'analyse économique du droit388

b. La critique coasienne de la catégorie de la causalité391

1. le caractère réciproque des problèmes d'externalité : le renversement de perspective Coasien391

2. La causalité est-elle une catégorie juridique inutile ?393

B. L'influence économique du droit, le rôle du droit dans un objectif d'efficacité économique ... 396

1. le théorème de Coase où la nécessité d'intégrer les coûts de transaction positif : la valeur économique du droit retrouvée..... 398

a. Le « dépassement » de l'interprétation néoclassique du théorème : l'impossible monde des coûts de transaction nuls et la nécessité des institutions, la seconde partie de « The Problem of Social Cost » 398

b. Le rôle économique du droit en présence de coûts de transaction positifs et la méthodologie d'approche de Coase401

2. Les coûts de transaction et la typologie des droit : coordination et efficacité..... 405

a. la protection des droits : responsabilité, propriété ou inaliénabilité..... 406

b. la logique de l'attribution des droits en cas de coûts de transaction positifs 411

1. Le principe : l'attribution des droits à la personne qui les valorise le plus.....412

2. Mécanismes de second ordre : la logique procédurale413

§2. La reconstruction de l'émergence et du développement des phénomènes juridiques : la mise en évidence de la fonction du droit..... 415

A. L'extension du modèle Coasien à l'aide de la théorie des jeux : approfondissement des intuitions sur la fonction de coordination des normes	418
1. la théorie des jeux, un outil pour rendre compte de la vie des normes	419
a. Justifications économiques du maintien et de la disparition des normes	420
1. L'efficacité du respect des normes, postulat de l'analyse économique	420
2. La question des mutants et de la stabilité des normes : l'efficacité relative des normes.....	429
b. justifications économiques de l'émergence des normes	432
2. Droit, tradition et morale, quel(s) agencement(s) possible(s) ?	440
B. L'approche de Hayek, le droit comme système évolutif complexe	447
1. le mécanisme de l'évolution culturelle : l'ordonnement des phénomènes normatifs	447
2. Les spécificités du droit dans l'approche hayekienne	455
a. Le droit comme produit et condition de l'évolution, la coévolution droit/société.....	455
b. La fonction du droit, réduire l'incertitude et sécuriser les anticipations légitimes	459
Section 2. L'analyse économique appliquée à la création des normes juridiques : des normes de coordination aux méta-normes de coordination.....	461
§1. L'analyse économique du droit et la production des normes écrites : l'influence de la Constitution comme méta-norme de coordination	465
A. Le rôle des règles de procédure : contraindre les décisions futures par l'établissement d'un cadre de négociation	468
1 L'interprétation économique de la séparation des pouvoirs : éviter la monopolisation du pouvoir politique	469
a. La division du pouvoir et le risque de monopolisation du pouvoir politique : l'objet même de la séparation des pouvoirs.....	470
b. le contenu de la séparation des pouvoirs sous l'angle économique, le dépassement de la logique juridique et le calcul coûts-bénéfices de la séparation des pouvoirs.....	476
2. Explicitation des différentes règles de vote et d'élection : refonder de la démocratie	480
a. Les règles d'élection des dirigeants et l'idée de démocratie.....	481
b. la question de l'agrégation des préférences individuelles et les règles de vote.....	488
1. les problèmes de cyclicité et l'importance de la maîtrise de l'ordre du jour.....	491
2. le problème de la tyrannie de la majorité	496
B. le rôle des règles touchant les libertés individuelles.....	499
§2. L'analyse économique du droit et la production des normes jurisprudentielles : à la recherche des méta-normes.....	502
A. Les contraintes non spécifiques, faciliter l'assimilation par le juge de son modèle idéal	505
1. Les contraintes liées à la carrière, faciliter l'accès à la carrière de juges aux individus dont les préférences correspondent au modèle idéal	506
a. limiter l'accès à la fonction de juge et favoriser le développement de certaines préférences : faciliter l'internalisation par le juge des normes « idéales »	507
b. L'évolution de carrière, une dimension susceptible de conduire à une certaine « uniformité » des décisions de justice.....	511
2. Les contraintes liées à la réception des décisions de justice par la « société civile » : l'importance du prestige et de la réputation.....	514
a. la réception des décisions par le monde juridique	515
b. la réception des décisions par la société civile au sens large	517
B. Les contraintes spécifiques : assurer une meilleure qualité des décisions de justice et empêcher le juge de pouvoir faire privilégier ses propres préférences	519

1. Les contraintes juridiques horizontales : la difficulté pour le juge de décider seul	520
a. impact des parties et le respect des règles de procédure.....	520
b. impact de la collégialité et des jurys, un moyen pour assurer une meilleure qualité des décisions ?	522
2. Les contraintes juridiques verticales : le risque pour le juge de voir sa décision renversée...	527
<i>Chapitre 2. L'application du codage économique à un objet « droit » déjà formé, une approche « réaliste » du droit ?</i>	<i>531</i>
Section 1. L'analyse économique d'un droit « constitué », une approche essentiellement fonctionnelle du droit	534
§1. Le droit comme système de prix et système d'incitation	535
A. La centralité du mécanisme de sanction pour l'analyse économique	536
1. La logique économique de la sanction, inciter les individus à adopter un comportement optimal	537
2. Quelques conditions relatives à l'effectivité du mécanisme d'incitation.....	542
B. analyse économique du droit ou analyse économique des normes : l'absence de spécificité économique du droit ?	547
1. le droit comme structure d'un ordre social, pour une analyse économique des structures normatives	549
2. Le droit comme structure spécifique d'un ordre social, la recherche des spécificités « économiques » d'un système juridique	553
§2. L'obligation de respecter le droit du point de vue de l'analyse économique : la question de la normativité du droit	563
A. La disparition de la normativité dans l'analyse économique du droit, une conséquence de son code ?	566
1. Le droit comme instrument de contrôle social : la désacralisation du droit et la perte de normativité a priori.....	567
2. l'analyse économique comme approche « positiviste » du droit : le rejet de la normativité comme conséquence (ou simplification) méthodologique	570
B. Une redécouverte possible de la « normativité » par l'analyse économique : refonder la normativité sur les axiomes de l'analyse économique	574
1. Normativité, préférences et croyances	576
2. Normativités et normes sociales	585
Section 2. Le droit comme activité, le problème fondamental de la décision judiciaire	589
§1. L'analyse économique du droit, une réaction aux approches « approximatives » de la théorie juridique.....	592
A. L'insatisfaction face aux approches juridiques traditionnelles : l'impossible nécessaire solution claire et évidente	594
1. Le rejet de la solution par l'interprétation unique des textes et des jurisprudences.....	596
a. Les problèmes liés au recours à la jurisprudence	598
b. Les problèmes liés aux recours aux textes	603
c. Les problèmes liés au recours à « la volonté du législateur »	607
2. Le rejet de la philosophie morale	611
B. La recherche d'une solution au problème de l'explosion du sens provoqué par le réalisme : l'idéal de la décision scientifique et le rôle de l'analyse économique du droit	620
1. La nécessité d'un code commun (voire d'une axiomatique) pour faire avancer le raisonnement juridique.....	622

a. réunifier le raisonnement juridique sémantiquement et syntaxiquement	624
1. version faible : la définition d'un monde commun (d'un référentiel)	626
2. version forte : l'axiomatisation et le langage mathématique.....	631
b. Refonder les approches autour d'une approche « scientifique »	633
2. Les limites de l'instauration d'un code commun	635
a. le code définit ce qui est connaissable	636
b. Le code peut se découpler totalement de la « réalité » et perdre son objet	640
§2. L'analyse économique du droit, outil de prédilection d'une approche pragmatique du droit ?.....	643
A. Le pragmatisme légal de Posner, fonder la décision judiciaire sur les conséquences tangibles de celle-ci	645
1. Les fondements du pragmatisme légal de Posner, modifier l'angle d'attaque pour les problèmes juridiques.....	647
2. les limites du pragmatisme de Posner, l'absence d'une parfaite autonomie du raisonnement	656
a. le problème de l'autonomie du pragmatisme : l'impossible rejet des valeurs.....	657
b. Le pragmatisme comme « premiers pas » et non comme méthode complète de résolution	659
1. Le pragmatisme n'est pas une méthode de résolution	660
2. Le pragmatisme comme « premiers pas ».....	661
c. La décision pragmatique et la rhétorique, reconstruction de la décision pragmatique.....	666
B. l'analyse économique du droit comme outil principal du pragmatisme légal	668
1. L'analyse économique du droit, la formalisation la plus aboutie du pragmatisme.....	669
2. L'utilisation pragmatique des analyses économiques du droit : le dépassement de la logique économique et le retour des valeurs	673

PARTIE 2. LA « FORCE » ÉPISTÉMOLOGIQUE DU CODAGE ÉCONOMIQUE DES PHÉNOMÈNES JURIDIQUES..... 677

TITRE 1. A LA RECHERCHE DU DÉPASSEMENT DU CODE : LES LIMITES DE LA VALEUR

ÉPISTÉMOLOGIQUE DES RÉSULTATS FOURNIS PAR LE CODAGE ÉCONOMIQUE DES

PHÉNOMÈNES JURIDIQUES 683

Chapitre 1. Le problème de la détermination du champ de validité du code ... 687

Section 1. La détermination du champ de validité de l'analyse économique en fonction des domaines du droit..... 689

§1. La logique de la rationalité économique, la justification globale de l'extension du raisonnement économique à l'ensemble des phénomènes juridiques
 690 |

A. Le droit et la logique du maximin, l'intérêt de la rationalité économique.....
 691 |

B. La logique de la rationalité économique et ses conséquences : l'échec de la logique de justification globale ?.....
 699 |

§2. La logique de l'explication, la recherche d'une adéquation entre les hypothèses et le « réel ».....
 713 |

A. L'insuffisance des typologies juridiques pour déterminer la valeur des connaissances fournies par l'analyse économique du droit.....
 714 |

1. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par les personnes
 715 |

2. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par l'activité.....
 718 |

994

3. La validité de l'analyse économique du droit et le domaine du droit défini par les moyens de la relation	720
B. La reconstruction des domaines à partir de « types » économiques et la validité de l'analyse économique.....	722
1. Le domaine de validité de l'analyse économique et la force des ordres sociaux	722
2. Le domaine de validité et la plausibilité des préférences économiques, corollaire de la logique des ordres sociaux.....	726
3. le domaine de validité et la question de l'information	727
4. le domaine de validité et l'importance de la relation ou du pouvoir	728
Section 2. La détermination du champ de validité en fonction de l'architecture des systèmes juridiques ?	731
§1. La fausse opposition entre common law et civil law pour déterminer le système le plus à même d'accepter la logique du raisonnement économique.....	734
A. L'opposition des idéaux types des systèmes et sa pertinence relative du point de vue théorique	736
1. Le cas schématique de la <i>civil law</i> et la pertinence de l'analyse économique du droit.....	737
2. Le cas schématique de la common law et la pertinence de l'analyse économique du droit ...	739
B. Une opposition concrète entre les deux systèmes limitée du point de vue de la valeur des résultats de l'analyse économique du droit	741
1. L'opposition des systèmes concernant le degré de liberté des juges et son impact sur la validité perçue de l'analyse économique du droit	743
2. Le code de justification relatif la prise de décision et l'impact de l'analyse économique du droit.....	744
§2. Les facteurs favorisant l'acceptation des résultats de l'analyse économique du droit.....	748
A. les paramètres relatifs à la place et à la fonction du droit	749
1. le niveau de désacralisation du droit.....	750
a. Plus le droit est perçu comme un moyen vers une fin, plus l'analyse économique du droit pourra sembler pertinente.	750
b. Moins le droit est envisagé comme impératif catégorique, plus l'analyse économique du droit disposera d'un pouvoir d'attraction.	752
2. l'articulation entre les ordres sociaux	753
B. Les paramètres relatifs à la fonction du juge	755
1. La liberté du juge, élément déterminant pour une validité a priori de l'analyse économique du droit.....	755
2. L'articulation entre le juge, le législateur : le problème de la fonction du juge	757
C. les paramètres relatifs au raisonnement juridique	758
1. L'autonomie du raisonnement juridique	758
2. L'acceptabilité de la logique du calcul et de l'efficience	759
D. L'écologie du système et l'acceptabilité de l'analyse économique du droit	760
Chapitre 2. Le problème de la validation empirique des résultats du code.....	765
Section 1. Le problème du socle de la validation empirique, la logique de la modélisation et la résistance à la falsification.....	768
§1. La modélisation comme entreprise extra économique ?	769
A. Les degrés de liberté du modélisateur, la nécessité de se retirer de la complexité du réel	770
1. Les entités du modèle et leurs spécificités	772
2. les relations entre les entités du modèle.....	775

3. La temporalité adéquate.....	777
B. Les contraintes de la modélisation, la liberté surveillée du modélisateur.....	780
1. Le modèle et sa plausibilité, le critère de « réalité »	782
2. La logique formelle et l'illusion de la prédictibilité, le critère « formel »	784
§2. Le modèle comme ceinture de protection de la théorie face à la validation empirique	786
A. Les présupposés relatifs aux hypothèses du modèle, la protection de la méthode	787
1. Des présupposés définitionnels de la méthode, contrainte implicite	787
2. Des présupposés intouchables ? La thèse de Duhem-Quine	789
B. le problème de la clause ceteris paribus, une protection de la théorie sous-jacente au modèle.....	792
1. La nécessité de la reconnaissance des absences	793
2. la clause et le problème de la validation empirique	796
Section 2. Les problèmes pratiques de la validation empirique en analyse économique du droit	798
§1. Les problèmes liés aux tests de validation empirique	801
A. La difficile identification des propositions soumises à la confrontation aux faits	802
1. Des modèles essentiellement construits pour rendre compte des faits à partir d'une théorie, l'absence explicite de propositions falsifiables.....	803
2. Des modèles souvent vagues dans leurs prédictions, la difficile identification d'une proposition falsifiable.....	809
a. L'impossible prédiction quantitative	810
b. une prédiction qualitative et conditionnée.....	813
B. La difficile expérimentation en analyse économique du droit, les problèmes liés à l'identification des faits	815
1. La difficile identification des faits du monde réel	816
2. L'expérimentation en laboratoire, une confrontation plus aisée aux faits ?	819
§2. Les problèmes liés à l'interprétation des confrontations aux faits	822
A. L'impossible falsification déterminante en analyse économique du droit	823
1. La possible adaptation du modèle à sa « falsification »	824
a. La révision de la relation formelle et des caractéristiques des éléments.....	825
b. l'ajout de nouvelles variables	830
c. Le rejet d'un domaine particulier du champ d'étude	832
2. Un cœur théorique trop flexible et largement intouchable par l'expérimentation d'un modèle spécifique	833
a. Le cœur du modèle comme point de vue, l'absence d'un réel contenu des hypothèses ...	834
b. La possibilité de développer des considérations annexes.....	835
B. La confrontation aux faits comme appréciation subjective de la pertinence des théories sous-jacente aux modèles.....	836
1. la confrontation aux faits comme indice de pertinence de la théorie sous-jacente au modèle	837
2. la confrontation aux faits et la compétition entre les théories	839

TITRE 2. RENVERSEMENT DE L'ANALYSE ET IDENTIFICATION DE LA VALEUR

ÉPISTÉMOLOGIQUE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT	845
--	-----

Chapitre unique. Le code comme code, réflexivité et jugement : la place de

<i>l'analyse économique du droit dans les approches juridiques.....</i>	<i>849</i>
---	------------

Section 1. L'analyse économique comme système d'interrogation, l'apport épistémologique à travers le renversement	851
---	-----

§1. Le renversement externe, l'analyse économique du droit comme point de référence pour entamer une réflexion sur les phénomènes juridiques	853
A. La génération d'hypothèses à partir d'un code articulé, la valeur principale de l'analyse économique du droit.....	854
1. La force de rétroaction de l'analyse économique du droit	854
2. La mise en évidence de conséquences possibles de la modification d'une règle juridique ...	856
B. Le questionnement des hypothèses produites et l'approfondissement des connaissances des phénomènes juridiques	858
1. La nécessité de justifier l'écart entre les conceptualisations économiques et les interprétations traditionnelles des phénomènes juridiques.....	860
2. Une réflexion indirecte sur une possible analyse juridique des phénomènes juridiques.....	863
§2. Le renversement interne, l'analyse économique du droit comme point de référence nécessairement biaisé	866
A. La réflexivité à partir du code, connaître les angles morts de l'approche économique.....	867
1. L'analyse économique et l'individualisme méthodologique.....	868
2. Le problème de la rationalité économique	871
3. L'analyse économique et le problème de la temporalité	875
B. La conscience des absences comme aide au dépassement du code	877
Section 2. L'analyse économique, le jugement et la rationalité pratique, la question de l'utilisation pratique des résultats du code.....	880
§1. L'impossible réduction du jugement pratique à des considérations économiques	881
A. le jugement comme dépassement du calcul.....	882
1. Le problème de l'incertitude radicale.....	884
2. Le problème de la multidimensionnalité.....	889
B. Le jugement comme recherche du raisonnable	892
1. L'impossible critère du raisonnable	893
2. Le raisonnable comme questionnement « de bonne foi »	900
§2. La difficile identification de la place des considérations économiques dans le raisonnement juridique.....	903
A. La place du raisonnement économique dans la détermination des décisions juridiques.....	904
1. l'analyse économique, une source d'informations.....	905
2. L'impossible détermination de la force des considérations économiques dans la prise de décision	908
B. La place de l'analyse économique dans la justification des décisions juridiques	910
1. Une économie juridicisée : la transformation des concepts économiques par le droit.....	911
2. Un droit economicisé.....	914
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	919
BIBLIOGRAPHIE.....	925
TABLE DES MATIÈRES	987