



HAL
open science

L'analyse économique est-elle une source du droit ?

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. L'analyse économique est-elle une source du droit ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2006, 03, pp.505-510. halshs-02247933

HAL Id: halshs-02247933

<https://shs.hal.science/halshs-02247933v1>

Submitted on 17 Sep 2019

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

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

L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation.

Revue trimestrielle de droit civil, 2006, p. 505-510.

Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI

La querelle française de l'analyse économique du droit - Parmi les juristes français, « l'analyse économique du droit » est mal connue. Elle ne constitue pas moins -et peut être pour cette raison- un objet de querelle entre les anciens et les modernes (H. Muir Watt, « Les forces de résistances à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 37 ; M.A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, n°99, p. 15). Trois ingrédients sont réunis pour qu'elle constitue un terrain d'affrontement doctrinal

D'abord, les analyses économiques du droit puisent leurs origines aux États-Unis. Si l'on se réfère souvent à l'article de l'économiste R. Coase sur le coût social du droit publié en 1960, il revient au juge Posner, lui-même professeur de droit, d'avoir impulsé dans les années 1970, sur le versant juridique mais aussi économique, une dynamique, un courant de pensée et une discipline (*Law and Economics*), à partir de l'université de Chicago, également connue comme foyer des économistes dits néoclassiques (S. Harnay et A. Marciano, *Richard A. Posner. L'analyse économique du droit*, Paris, éd. Michalon, 2003 ; A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 19 et s. ; Mackaay Ejan, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, t. 1 p. 43). Le terreau des analyses économiques du droit est donc celui de la *common law* : le juge y occupe une place prédominante et la pensée utilitariste y est influente. Cela n'est guère dans nos traditions où la loi est pétrie de fondements souverains et le juge rompu à des raisonnements abstraits. Sur fond de concurrence mondiale entre les systèmes juridiques, les deux conceptions sont rivales. Que la Banque mondiale -dans son rapport *Doing Business* de 2005- ait entrepris de mesurer l'efficacité économique des droits nationaux avive la controverse. (*Mesurer l'efficacité économique du droit*, ss. la dir. de G. Canivet et M.A. Frison-Roche et M. Klein, LGDJ, 2005, spéc. p. 19). Dans ce contexte, la *common law* irrite plus d'un juriste français et les idées qui s'y forment ne sont pas souvent bien accueillies. Le patriotisme juridique reste vivace.

Ensuite, les analyses économiques du droit sont nées d'échanges intellectuels entre les juristes et les économistes. Or, si l'interdisciplinarité est devenue pratique courante au sein des campus américains -depuis les critiques du formalisme de l'entre deux guerres et l'avènement corrélatif des positions réalistes- il n'en va guère de même dans nos facultés de droit où les penseurs en sciences sociales restent tenus à l'écart du domaine juridique. Le combat des civilistes du début du 19^{ème} siècle pour contrer les tenants de l'économie politique s'est prolongé jusqu'à nous (En ce sens, Ch. Jamin, « Économie et droit » in *Dictionnaire de la Culture juridique*, PUF/Lamy, 2003, p. 578 ; et de manière plus générale, F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, thèse Université de Bourgogne, 2005.). La posture morale d'un Ripert en est le fruit, confit dans le droit pourrait-on dire, et ce y compris lorsqu'il envisage des mutations économiques dans les *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (LGDJ, 2^{ème} éd. 1951). Or -c'est une banalité d'évidence- la compréhension du thème de « l'analyse économique du droit », qui comporte de nombreuses versions au sein des relations entre le droit et l'économie, suppose l'existence d'échanges interdisciplinaires entre juristes et économistes (En ce sens, A. Jeammaud in *Le droit dans l'action économique*, dir. Kirat et E. Serverin CNRS éd., 2000, p. 219, v. aussi, B. Oppetit, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, t. 37 Sirey, 1992). Pour des motifs aussi divers que la paresse, la méfiance ou le désintérêt, tous les juristes ne le souhaitent pas !

Enfin, les plus ouverts à une diversification des sources du droit, tel François Gény en son temps, ont été plus sensibles au droit naturel qu'aux apports des sciences économiques. En outre, le juriste français se définit surtout comme un littéraire et cultive une certaine aversion pour les équations. Parfois même, le calcul est stigmatisé comme symbole de l'impérialisme économique, lorsqu'il n'est pas accusé de porter les germes d'un individualisme destructeur du Droit avec un grand D. (pour une critique de l'analyse économique droit dans la veine d'un jusnaturalisme inavoué à caractère réactionnaire, voir A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur les fondements anthropologiques du droit*, Seuil, 2003, p. 26). La lutte porte alors sur les valeurs et notions à même de refonder le droit civil. Elle prend vite la tournure manichéenne de l'opposition entre deux fondamentalismes.

Les enjeux sont aussi concrets. L'« analyse économique du droit » ne se réduit pas à constituer une branche des sciences économique -connue en France, sous l'appellation, *Économie du droit* - (voir sous ce titre, B. Lemmenicier, Cujas, 1992, et surtout T. Kirat, *La découverte*, coll. Repères, 1999), ou à refonder le droit sur des principes économiques : elle prétend aussi avoir des incidences concrètes sur le plan normatif. L'analyse économique est-elle alors une source du droit à même d'influencer le cours des lois et des décisions de justice ? Si l'interrogation définit le contour général de la présente chronique, c'est bien la doctrine proposée par le Premier président de la Cour de cassation qui a retenu notre attention.

L'engagement doctrinal du Premier président de la Cour de cassation – Avec l'ouverture d'esprit et le dynamisme qui le caractérise, M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation depuis 1999, s'est engagé dans une activité en faveur de l'analyse économique du droit que nous n'hésiterons pas à qualifier de doctrinale. Nous savions déjà que la Cour de cassation fait l'objet de l'attention de la doctrine universitaire (G. Canivet, « La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique », *Mélanges Aubert*, 2003, p. 374). Ou encore que la Cour de cassation elle-même mentionne parfois, de manière explicite, sa doctrine dans ses arrêts (voir dans cette chronique, les observations de nos collègues R. Libchaber, 2000.1997, N. Molfessis, 2003.567 et P. Deumier, 2006.72). Il faut désormais admettre que ses membres, qui plus est les plus éminents, développent une doctrine, sans engager l'institution qu'ils servent. Rien ne s'y oppose, sauf à caractériser la doctrine « par son extranéité à la décision sur le droit » (P. Brun, « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », in *Mélanges P. Jestaz*, 2006, p. 78). Des voix prudes pourraient certes s'offusquer de l'utilisation d'un titre pour donner prestige à des écrits et des positions doctrinales. Elles seraient déplacées, surtout dans le concert doctrinal, où nul ne publie sous pseudonyme, et moins encore ne fait parvenir ses articles aux éditeurs dans l'anonymat. Cela dit, la doctrine de M. Guy Canivet -qui est assez nourrie pour fournir matière à un mémoire de master (C. Bailly, *Les écrits de Guy Canivet sur l'analyse économique du droit*, Master droit privé, Nantes, 2006)- se singularise par son auteur, qui est aussi premier Président de la Cour de cassation.

Diffuser une doctrine suppose une audience et conduit à créer des alliances. En qualité de Premier président de la Cour de cassation, les occasions de prise de parole ne manquent pas. Aux discours officiels, s'ajoutent les invitations à participer à des débats avec des professionnels, les entretiens avec des journalistes généralistes (Les Echos, 26 juin 2006, p. 11, et avec M.A. Frison-Roche, 28 juin 2005, p. 19) ou spécialisés (à nouveau en duo avec celle-ci, « Droit, économie et justice dans le secteur bancaire », *LPA*, 31 mai 2005, n° 107, p. 3). C'est plus activement encore que M. Guy Canivet s'est impliqué dans des conférences et colloques relatifs à l'analyse économique du droit. Citons en particulier celui du 13 mai 2004 sur l'analyse économique du droit des contrats organisé à la Maison du Barreau de Paris avec Mme Horatia Muir Wat ou encore celui d'ouverture du Cycle de conférences « Droit, économie et justice » (v. les contributions réunies sous le titre « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », *LPA*, n° spécial 99, 19 mai 2005) qui s'est tenu à la Cour de cassation, sous l'égide de cette même

prestigieuse juridiction et de Sciences Po, plus précisément de la Chaire de régulation animée par Mme Marie-Anne Frison-Roche.

Les jaloux diront que M. Guy Canivet sait bien s'entourer. Il faut surtout relever la constance avec laquelle il publie des textes -il est vrai parfois quasi identiques, comparer « Économie, droit et justice » *GP*, 9-10 mars 2005, n° 68, p. 7 et « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *LPA*, *op. cit.*, p. 23)- et prend part à des ouvrages collectifs (voir not. *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, dir. B. Deffains et G.Canivet, éd. Cujas, 2002 ; *Mesurer l'efficacité économique du droit*, *op. cit.*, 2005). La visée est aussi d'élargir son audience et de sensibiliser des publics nouveaux réputés plus réticents (« L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Droit social*, nov. 2005, n° 11, p. 951). L'activité doctrinale du Premier président de la Cour de cassation est donc soutenue et l'engagement certain. Reste à en préciser la teneur.

Le credo de M. Guy Canivet en faveur de l'analyse économique du droit - Plusieurs thèmes sont réunis sous la bannière de « l'analyse économique du droit » par M. Guy Canivet. Il s'agit tout à la fois de modifier la formation des juristes, le raisonnement des juges, l'évaluation du droit et de la justice, et de refonder le droit pour le mettre en accord avec les réalités économiques de son temps. Ces thèmes prennent place, selon l'auteur, dans un contexte général marqué par l'affaiblissement du rôle de l'État, l'importance du juge dans la production des règles, et l'extension du domaine économique à diverses branches du droit.

La formation des juristes est une préoccupation première. M. Guy Canivet fait le constat d'un « grave déficit français dans l'approche économique du droit » et déplore que les introductions au droit et les enseignants universitaires n'exploitent pas ces acquis (*L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *op. cit.*, p. 1). Il en résulte des conséquences néfastes sur le plan du cloisonnement des savoirs. « L'idéal serait évidemment que les chercheurs, enseignants et praticiens concernés, soient d'un niveau de qualification adapté aussi bien en droit qu'en économie, qu'il opèrent eux-mêmes la synthèse des deux sciences » (*ibid.*, p. 3). Cela n'est pas le cas et la formation universitaire n'est pas appropriée, du moins dans l'objectif poursuivi. « Renforcer l'incidence de l'analyse économique dans les solutions judiciaires, requiert, d'abord, que les auxiliaires de justice soient aptes à développer, de manière crédible, des argumentations qui s'y réfèrent. Il s'agit autant de la qualification des juges que de la formation des avocats, donc, à l'origine, d'une question de responsabilité de l'université » (*ibid.*, p. 2). Successivement Professeur associé à l'Université de Paris V, puis, depuis 2004, à l'Institut d'études politiques de Paris, M. Guy Canivet parle en connaissance de cause. Il sait aussi que les carences de formation initiale sont difficiles à pallier au stade de la formation des magistrats (« La formation du juge à l'économique », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2002, p. 63).

Le raisonnement judiciaire doit intégrer -plus largement selon l'auteur- des considérations économiques au stade de l'application du droit et de l'élaboration de la règle jurisprudentielle. D'abord, les juges sont confrontés à des notions (marché, entreprise, etc.) qu'ils maîtrisent mal. Cela est notamment le cas des notions souples -standards -du droit de la concurrence ou des procédures collectives « qui ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques » (« La pertinence de l'analyse économique du droit », *op. cit.*, p. 27). Réaliser une qualification juridique ou apprécier les finalités d'une loi suppose alors d'avoir recours à des notions économiques. Ensuite, lorsqu'il s'agit d'élaborer une règle jurisprudentielle, il convient « d'anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit » (*op. cit.*, p. 24). Le droit a un coût, et les choix normatifs ont des conséquences économiques. Les juges ne peuvent l'ignorer dans leurs constructions jurisprudentielles. Plus encore, ils doivent être conscients de la compétition entre les systèmes juridiques. « Faire évoluer la jurisprudence comme modifier la loi pèse nécessairement sur les conditions de cette compétition. Pour cette raison, la jurisprudence devrait, plus qu'elle ne le fait, prendre en compte la nécessité d'améliorer l'efficacité des

institutions juridiques, ou, en tout cas, de ne pas la contrarier » (*ibid.*, p. 25). Le *forum shopping* est alors envisagé à front renversé. La préoccupation est celle de l'offre et non de la demande : il s'agit d'offrir le système juridique le plus attractif pour attirer les opérateurs économiques. « L'État doit en tenir compte : le droit est une valeur économique en soi » (*Les Échos*, Lundi 26 juin 2006, p. 11). C'est du reste ce qu'a évalué la Banque mondiale dans son rapport de 2005 (voir *supra*), même si les critères devraient être revus pour intégrer la dimension qualitative de la justice, qui est aussi facteur de performance (« Évaluation de l'efficacité économique des procédures » in *Mesurer l'efficacité économique du droit, op. cit.*, p. 80).

L'analyse économique a aussi l'ambition de fournir un prisme par lequel le droit peut être compris et refondé. Comme il a pu être démontré, elle « explique et justifie la raison d'être des principes du droit... Elle serait, en outre, un facteur de renouveau d'une doctrine, qui a tendance à se réfugier dans un positivisme stérile en lui restituant sa fonction essentielle de dégager les fondements de la règle et de proposer son adaptation aux nouvelles réalités » (*L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, p. 3). Le droit civil ne fait pas ici exception. Aucun domaine (responsabilité civile, contrat, propriété, famille) n'échappe *a priori* à son pouvoir explicatif et à la présence de ses justifications économiques. C'est que le droit est devenu pour l'essentiel « l'instrument d'une finalité économique... La qualité de la règle de droit s'apprécie à sa capacité à satisfaire des objectifs économiques » (« La formation du juge à l'économique », p. 64). Les modes de raisonnement économique s'appliquent même en dehors du droit économique au sens strict. Ainsi, lorsque le juge précise la notion de « bon père de famille », ou réalise une pesée d'intérêts divergents, il ne fait que contribuer à la recherche d'une solution optimale, ce qui est une autre manière de dire qu'il réalise la justice.

En définitive, lorsque l'auteur s'interroge sur « la finalité et les apports de l'analyse économique à la jurisprudence. A quoi sert-elle au juge ? En quoi peut-elle entrer dans le mécanisme jurisprudentiel ? », c'est pour apporter des réponses univoques : elle permet de mesurer l'aptitude d'une règle à remplir sa finalité sociale; elle est facteur de progrès car « c'est la construction d'un monde meilleur qui est visé » ; elle permet de comparer l'efficacité respective de systèmes juridiques distincts ; et de « provoquer et d'anticiper des changements jurisprudentiels si se révèle une adéquation insuffisante entre les modèles et la réalité » (« La pertinence de l'analyse économique du droit, *op. cit.*, p. 26). Nul doute que l'analyse économique est alors présentée comme une source d'influence du droit.

Éléments pour une discussion critique de l'analyse économique du droit – Si le format de la présente chronique ne permet guère de mener une étude approfondie de l'analyse économique du droit, il est possible d'avancer quelques éléments pour une discussion critique de la doctrine du Premier président de la Cour de cassation, que nous espérons avoir présentée de manière fidèle. Cela n'est pas toujours facile car cette doctrine présente de manière imbriquée des éléments qui relèvent d'analyses distinctes. Ainsi, par exemple, le thème classique de l'adaptation du droit aux réalités économiques voisine avec celui, moins familier aux juristes, de l'évaluation de l'efficacité économique du droit. Dans l'ensemble, la proposition doctrinale nous semble perfectible sur au moins trois points.

En premier lieu, il faut regretter sa trop grande *imprécision*. Lorsqu'il évoque les origines du mouvement de l'analyse économique du droit (*La pertinence de l'analyse économique du droit* », *op. cit.*, p. 25), M. Guy Canivet passe sous silence sa proximité intellectuelle avec les courants de la science économique néoclassique qui conçoit le libéralisme sur un mode qui ne fait pas l'unanimité. Il existe pourtant d'autres courants de l'économie du droit, tels que les écoles institutionnalistes, qui auraient mérités au moins d'être signalés (T. Kirat, *Économie du droit, op. cit.*, p. 12). Une fois averti, le lecteur aimerait surtout pouvoir approfondir la portée de l'analyse économique du droit sur le plan juridique. Or, si des exemples sont mentionnés, ils ne le sont que de manière générale, et à notre connaissance, aucun arrêt n'est jamais cité. La doctrine proposée gagnerait à expliciter son incidence à partir d'un cas concret, y compris en explicitant le mode de

calcul permettant de mesurer l'impact économique d'une règle de droit. Présenter des équations permettrait aussi de mieux comprendre comment l'analyse économique peut contribuer au droit. Sans cela, la doctrine de l'analyse économique du droit ne se présente ni comme une analyse, ni comme économique (on pourrait tout aussi bien la désigner comme une analyse sociale du droit, en évitant d'opposer un sociologisme de gauche à un économisme de droite). Dire que le juge applique déjà l'analyse économique du droit, par la recherche de la solution collectivement optimale, comme M. Jourdain parle la prose sans le savoir, n'a pas de quoi émerveiller, sauf à susciter des comparaisons désobligeantes.

En second lieu, il faut s'interroger sur le caractère *irréaliste* des rapports entre l'économie et le droit. La tentation du juge est certes de solliciter des connaissances externes à son domaine pour accroître son autorité et la légitimité de ses décisions. M. Guy Canivet invoque à diverses reprises la prise en compte de facteurs économiques, comme s'il s'agissait de faits ou de réalités tangibles. Le problème est précisément que les sciences économiques décrivent fort peu de réalités ou de faits par des études empiriques ; elles élaborent des théories et proposent des modèles. A tel point que c'est à l'inverse par la connaissance du droit que les économistes parviennent à trouver ancrage dans la réalité. Bruno Deffains, promoteur de l'analyse économique du droit en France, le reconnaît aisément : « l'étude des comportements qui fait abstraction du cadre juridique existant risque de ne pas avoir de valeur dans le monde réel. Si les économistes écoutent ce que les juristes leur disent, ils seront capables de développer des modèles plus proches de la réalité », (« Le défi de l'analyse économiste du droit : le point de vue de l'économiste, *LPA, op. cit.*, p. 11). La réalité n'est pas plus du côté des économistes que des juristes, de même d'ailleurs que les modèles. Et l'esprit critique du juriste ne doit pas « sombrer dans un économisme caricatural et béat » (L. Grynbaum, « Le développement de l'analyse économique du droit : vers un 'néo-positivisme ? », Compte rendu de la thèse de M. Laithier, , *RDC*, 2005, p. 1269). La leçon de réalisme des sciences sociales est autre : elle est de considérer que la réalité est construite, ou si l'on préfère coproduite, en l'occurrence par les juristes et les économistes (Ian Hacking, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, La Découverte, 2001). L'étymologie du fait (de *factum*, fabriquer) permet de le rappeler.

En dernier lieu, le caractère *asymétrique* de l'analyse économique du droit n'est pas à l'avantage de ce dernier. Certains économistes du droit n'hésitent d'ailleurs pas à employer un vocabulaire polémique : « l'étude des normes juridiques et des institutions doit permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives dominées jusqu'ici par les juristes » (B. Deffains, *op. cit.*, p. 11) ; ou encore à propos des standards : « Ces normes sont le cheval de Troie de l'analyse économique dans la citadelle du droit positif. En effet, il est possible de donner une interprétation de ces normes vagues qui valorisent leurs fondements économiques sans pour autant provoquer des conflits avec les valeurs de justice » (*ibid.*, p. 12). Le discours des économistes semble alors entrer en rivalité avec celui des juristes pour déterminer le droit. Le projet de Karl Marx, brillant économiste du droit, fut d'ailleurs de substituer la pensée économique au droit, réduit à une superstructure des rapports de production. Sa valeur scientifique eut moins de succès que sa force dogmatique. A cette aune, l'analyse économique du droit a de l'avenir devant elle.

L'horizon des juristes est-il toutefois de fournir des matériaux aux économistes ou de devenir leurs experts ? La perspective est pour le moins réductrice. L'apport des juristes aux économistes peut aussi être conçu de manière symétrique. Si la doctrine de Guy Canivet semble maintenir la tradition d'une analyse juridique de l'économie, elle ne met l'accent ni sur ses vertus pour éclairer la part normative intégrée dans les calculs et modèles économiques, ni sur ses ressources pour contribuer à l'intelligibilité de l'économie capitaliste qui est là nôtre. Reste donc à approfondir nos liens avec les économistes pour faire éclore, en toute lucidité, les bourgeons des analyses communes à l'économie et au droit.

